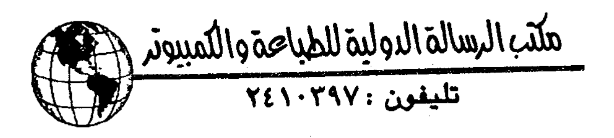
الدكتور
عبد العزيز محمد عزام
أستاذ ورئيس قسم الفقه العام
بكلية الشريعة والقانون (بالقاهرة)
وعميد كلية الدراسات الإسلامية والعربية بالفيوم

فقه المعاملات

١٩٩٧ - ١٩٩٨ م


مكتب الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر
تليفون : ٢٤١٠٣٩٧

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ، نحمده ونستعينه ونستهديه ، ونتوب إليه ونستغفره ونسأله الهداية والتوفيق ، نصلي ونسلم على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله و صحبه أجمعين .

أمـــا بعــد :

فهذه لمحات من فقه المعاملات ، تناولنا فيها هذه الأحكام بأسلوب سهل وعبارة واضحة منتقاه ، وترتيب دقيق حتي يسهل علي كل مطلع أن يعرف هذه الأحكام بسهولة ويسر ، ويقف علي دقة هذا الفقه ومدي سعته وشموله وتنظيمه لعلاقة الفرد بخالقه وعلاقته بالمجتمع الإنسانى بأسره .. ولا غرو فإن الفقه الإسلامى يشتمل علي الكثير من النظم والنظريات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية مما لا نجده فى أى تشريع آخر .

وسوف نقتصر فى بيان هذه الأحكام على مذهب الإمام الشافعى رضى الله عنه مع الإشارة إلي المذاهب الأخري فى المسائل الخلافية تتميماً للفائدة وحتى يجد فيها القارئ الكريم بغيته وغايته .

والله نسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم .

إنه نعم المولى ونعم النصير ،.

المـؤلـف

مدخل لدراسة الفقه

على مذهب الإمام الشافعي

كثيراً ما يقع خلاف بين الأئمة فقهاء المذاهب بل وفقهاء المذهب الواحد . إذ تختلف أراؤهم في المسألة الواحدة تبعاً لقوة الدليل الذى يؤيد هذا الرأى أو ذاك .. وهذا أمر واضح يدركه كل من يتصدى لدراسة الفقه أو يحاول أن يعالج بعض قضاياه من ينابيعها الأولى ، ولهذا الاختلاف أسباب كثيرة من أبرزها وأهمها تفاوت الفقهاء في فهم النصوص التى تستنبط منها الأحكام أو أن بعضهم كان يفتى بحكم ولا يعلم النص الذى يعارض ما ذهب إليه في حين أن غيره قد أخذ بهذا النص - وأفتى بمقتضاه ومن هنا جاء الاختلاف.

ولذلك رأينا بعض الأئمة المجتهدين كالأمام الشافعى حين قدم من العراق إلى مصر قد رجع عن كثير من آرائه التى دونها في العراق ، وما ذلك إلا لأنه قد ظهر له من الأدلة : ما كان خافياً عليه .

وإذا كان الخلاف يطول ويترد في معظم مسائل الفقه وفروعه ، فلا بد لدراس الفقه (في المذاهب عامة وفي دراسة مذهبه بصفة خاصة) أن يعرف أوجه الخلاف ومراتبها واتجاهاتها وذلك بفهم المصلحات الفهقية ، فإن معرفتها أمر له وجاهته وأهميته في معرفة توجيه الخلاف ونسبة الآراء إلى أصحابها ، وبذلك تتضح السبل ، وتتحدد المعالم ويسير الدارس في دراسته على بصيرة من أمره فلا يجهد ولا يتعب ولا يضل ولا يشقى والإمام النووى في كتابه المنهاج وهو يحكى الخلاف في المذهب يعبر عنها تارة بالأظهر أو المشهور ، وتارة أخرى بالأصح أو الصحيح وطوراً بالمذهب أو النص وأزيد المسألة وضوحاً فأقول :

إن الخلاف فى المذهب إما أن يكون فى الأقوال ، أو الأوجه ، أو الطرق وهو إما أن يكون قوياً أو ضعيفاً ، وقوة الخلاف تتبع قوة الدليل ، وضعف الخلاف ناتج عن ضعف الدليل أيضاً .

فالأقوال للإمام الشافعى والأوجه والطرق للأصحاب ، وهم تلاميذ الإمام الذين أخذوا عنه قواعد المذهب ، وتعمقوا فى فهمه ، وأصبحت لهم اجتهادات ، يتفقون فيها مع إمامهم وقد يختلفون .

فإن كان الخلاف فى الأقوال قوياً عبر عنه بالأظهر ، وهذا يوحى بأن المسألة فيها رأيان : أظهر وظاهر ، والأظهر أقوى من الظاهر فإن ضعف الخلاف عبر عنه بالمشهور ويقابله رأى غريب لغرابة الدليل الذى يؤيده .

وأما الأوجه : فهى مسائل استنبطها الأصحاب من كلام الإمام أى أنها أقوال مخرجة للأصحاب . فهى أشبه بمسائل قياسية وأما الطرق : فهى عبارة عن اختلاف الأصحاب فى نقل آراء المذهب التى خلفها المتقدمون ، وذلك بأن يحكى أحدهم فى المسألة : قولين أو وجهين أو أكثر فيقطع آخر بواحد . فالأختلاف فى الطرق إنما هو فى حكاية الآراء .

فإن كان الخلاف فى الأوجه عبر عنه بالأصح أو الصحيح ، والأصح أقوى من الصحيح ، وإن كان طرقاً عبر عنه بالمذهب ومعناه الرأى الراجح فى الأوجه أو الأقوال المحكية عن الأخلاف .

وقد اختار المصنف التعبير بالأظهر أو المشهور فى جانب الإمام دون الأصح أو الصحيح تأدباً مع الإمام . وذلك لأن التعبير بالأصح أو الصحيح مشعر بفساد ما يقابله وليس من الأدب أن توصف أقوال الإمام بالفساد فالمسألة : مجرد اصلاح لا فرق بينهما من حيث المعنى .

وأما النص فهو نص الشافعي ، والمراد به الرأى الراجح عنده ويقابله وجه ضعيف أو قول مخرج من نص له فى نظير المسألة لا يعمل به . وإذا قال : وقيل كذا فهو وجه ضعيف والأصح أو الصحيح خلافه . وإن قال : وفى قول كذا فالراجح خلافه ، وإذا أطلق لفظ الإمام فالمراد به الإمام النووى . وإذا قال : فى الجديد فالقديم بخلافه أو قال فى القديم فالجديد بخلافه والمذهب المعمول به إلا أن ينص فى مسألة : فيعمل بها فى المذهب القديم وذلك كامتداد مغيب الشفق الأحمر .

والمشور من رواة المذهب القديم أربعة : الكرابيس ، والزعفرانى ، وأبو ثور ، وأحمد بن حنبل رضى الله عنهم .

والمشهور منهم بمصر : المزنى ، والبويطى ، والربيع المرادى والربيع الجيزى .

الفصل الأول

فى البيـــــع

تعريفـــــه :

البيع لغة : نقل الملك فى العين بعقد المعاوضة ، يقال باع الشىء إذا أخرجه من ملكه ، وباعه إذا اشتراه وأدخله فى ملكه ، وهو من أسماء الأضداد التى تطلق على الشىء ونقيضه كالقرء فإنه يطلق على الحيض وعلى الطهر. وكذا شرى إذا أخذ وشرى إذا باع . قال الله تعالى : ﴿ وشروه بثمن بخس ﴾ أى باعوه ، وذلك لأن كل واحد من المتبايعين يأخذ عوضاً ويعطى عوضاً ، فهو بائع لما أعطى ومشتر لما أخذ ، فصلح الاسمان لهما جميعاً[1] . قال ابن قتيبة وغيره : يقال : بعت الشىء بمعنى بعته وشريته ، والشىء مبيع ومبيوع مثل مخيط ومخيوط . ويقال للبائع والمشترى بيِّعان ـ بتشديد الياء وأباع الشىء عرَّضه للبيع والابتياع : الاشتراء[2] .

وأما معناه شرعاً ، فيعرف بتعريفات متعددة ، من أحسنها ما ذكره الشيخ قليوبى فى حاشيته بأنه عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربة . فخرج بالمعاوضة الهبة ونحوها إذ لا معاوضة فيها ، وبالمالية ، عقد النكاح لأنه وإن كان فيه معاوضة إلا أنها ليست معاوضة مالية ، وإنما هى حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر وخرج بملك العين ،

---

(١) لكن لغة قريش استعمال باع إذا أخرج المبيع عن ملكه ، واشترى إذا ادخله فيه وهو الجارى استعماله الآن . راجع البهجة فى شرح التحفة لأبى الحسن على بن عبد السلام التسولى (ج٢ ص٢) .

(٢) راجع المختار من صحاح اللغة لمحمد محى الدين عبد الحميد ـ محمد عبد اللطيف السبكى .

ومنفعته على التأبيد الإجارة لأن الملك فى الإجارة ينصب على المنفعة دون العين فالمستأجر لعين من الأعيان كالسيارة أو المنزل مثلاً لا يملك تملك عينها وإنما يملك الانتفاع بالعين فى مقابلة دفع الأجرة كما أن المنفعة فى الإجارة مؤقتة لأن من شروطها التأقيت . والمراد بالمنفعة المؤبدة فى التعريف : بيع حق الممر للماء إذا كان الماء لا يصل إلى محله إلا بواسطة ملك غيره[1] وخرج بقوله : لا على وجه القربة : الوقف . فإنه تمليك منفعة مباحة على التأبيد للموقوف عليه ولكن على وجه القربة .

وقد يعرف البيع بأنه تمليك عين مالية أو منفعة على التأبيد بثمن مالى .

وهذا التعريف للبيع الذى هو قسيم الشراء وقسيم الشىء ما كان مباينًا له واندرج معه تحت أصل كلى . فيكون العقد مكونًا من شقين أحدهما البيع الذى يسمى من يأتى به بائعًا ويعرف بأنه تمليك بعوض على وجه مخصوص ، ويقابله الشراء الذى هو الشق الآخر الذى يسمى من يأتى به مشتريًا ويعرف بأنه تملك بعوض كذلك . والتعبير بالتمليك والتملك بالنظر للمعنى الشرعى فإن الربا لا يقبل التمليك والتملك لأنه محظور التعامل فيه شرعًا . والتمليك دخول الملك فى يد المشترى وهو لا يحصل بمجرد الإيجاب من البائع بل بقبول المشترى ، فلعل المراد بالتمليك ما يحصل به النقل من جانب البائع وأما قول بعضهم البيع مقابلة مال بمال على وجه مخصوص ففيه مسامحة تجعل البيع هو المقابلة إذ العقد ليس هو المقابلة لكنه يستلزمها إلا أن يقال : عقد ذو مقابلة أى يستلزم المقابلة .

ولذلك عبر بعضهم عنه بقوله وشرعًا عقد يتضمن مقابلة مال بمال على وجه مخصوص .

---

(١) راجع حاشية المدابغى على الاقناع (ج٢ص٢) .

وقد يجاب عن هذا الاعتراض بأنه عقد ذو مقابلة فهو على حذف مضاف.

وقد يطلق العقد على الانعقاد أو الملك الناشىء عن العقد كما فى قوله فسخت البيع : إذا العقد الواقع لا يمكن فسخه ، وإنما المراد فسخ ما ترتب عليه ، ويستفاد من كلام الشارح أن للبيع إطلاقات ثلاثة فهو يطلق على التمليك ويطلق على العقد ، وعلى مطلق مقابلة شىء بشىء وأخيراً يطلق على الشراء الذى هو التملك .

دليل المشروعية :

وقد شرع البيع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة .

أما من الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾[(١)] فالربا حرام ، والبيع حلال وليس كل بيع حلال كما يتوهم من عموم هذه الآية .

فإن الألف والام فيها للجنس لا للعهد إذ لم يتقدم بيع مذكور يرجع إليه، وإذا ثبت أن البيع عام فهو مخصص بما ذكرناه من الربا وغير ذلك مما نُهى عنه ومنع العقد عليه ، كالخمر والميتة وغير ذلك مما هو ثابت فى السنة وإجماع الأمة النهى عنه[(٢)] .

وقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾[(٣)] فقد حرم الله أكل أموال الناس بالباطل أى بغير

---

(١) سورة البقرة آية : (٢٧٥) .

(٢) راجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (ج٣ص٣٥٦) .

(٣) سورة النساء آية : (٢٩) .

عوض ولاهبة فذلك باطل بإجماع الأمة ويدخل ضمن ذلك سائر العقود الفاسدة التى لا تجوز شرعاً من ربا أو جهالة أو تقدير عوض فاسد كالخمر والخنزير وغير ذلك فإن كانت الأموال أموال تجارة فذلك جائز ، فالاستثناء فى الآية منقطع لأن أموال التجارة ليست من جنس الباطل ، وقيل : الاستثناء بمعنى لكن أى ولكن كلوا بالتجارة ، والتجارة هى البيع والشراء .

وأما السنة فقد روى عنه ﷺ قوله : « إنما البيع عن تراض » وخبر سئل رسول الله ﷺ : أى أنواع الكسب أطيب . قال عمل الرجل بيده ، وكل بيع مبرور » . والمبيع المبرور ، هو الذى لا غش فيه ولا خيانة ، والغش تدليس يرجع إلى ذات المبيع ، والتدليس كتمان عيب السلعة عن المشترى . أما الخيانة : فأعم من ذلك لأنها تدليس فى ذات المبيع أو فى صفته أو فى أمر خارج كأن يصفه بصفات غير صحيحة أو ينكر له ثمناً كاذباً[١] .

أركان البيع

والأركان جمع ركن ، وركن الشيء جانبه الأقوى ، والأركان هى الأمور التى لابد منها لوجود العقد فى الخارج . وهى ثلاثة : العاقدان والمعقود عليه والصيغة . ولذلك قيل إن تسمية العاقد ركناً ليست على سبيل الحقيقة بل هو أمر اصطلاحى ، لأنه ليس جزءاً من ماهية البيع التى توجد فى الخارج ، لأن العقد إنما يتحقق فى الخارج بأمرين : الأول الصيغة التى هى الإيجاب والقبول .

والثانى : اللفظ الدال على المعقود عليه ، فالكاف فى قول البائع بعتك

---

(١) راجع حاشية البجيرمى على المنهج للشيخ زكريا الأنصارى (ج٢ص٤) .

تدل على المعقود عليه ، فيكون ركناً حقيقياً .

والحقيقة أنه لا فرق بين العاقد والمعقود عليه ، فإن تاء المتكلم فى بعت تدل على البائع كما أن الكاف تدل على المشترى وإذاً فلا فرق بينهما على الإطلاق.

وقد عبر المصنف عن هذه الأركان بقوله : وشرط البيع الإيجاب كبعتك وملكتك والقبول كاشتريت وتملكت وقبلت . وتعبيره عنها بالشرط هنا خلاف تعبيره فى شرح المهذب عن الثلاثة بالأركان ، ولعل مراده بالشرط مالابد منه ليوافق ما فى شرح المهذب من جعلها ركناً(١) .

وقد بدأ بالصيغة لأنها الركن الأهم .

قال العلامة النووى والمحلى لأن العاقد ، والمعقود عليه لا يتحققان بهذه الصفة أى بصفة كون أحدهما عاقداً والثانى معقوداً عليه ، إلا بالصيغة ، أما ذاتهما فهى ولاشك متقدمة فى الوجود على ذلك لأن ذات العاقدان والمعقود عليه سابقة فى الوجود على الصيغة .

الركن الأول الصيغة :

والصيغة هى الإيجاب القبول ، والإيجاب كما عرفت فيما سبق مأخوذ من أوجب بمعنى أوقع ، ويكون من البائع الذى منه التمليك ، والقبول وهو ممن يصير له الملك ، فإذا قال البائع : بعتك هذا الكتاب بكذا فهذا هو الإيجاب، وإذا قال الطرف الآخر قبلت فهو القبول . وإذا قال المشترى بعنى هذا الكتاب بكذا فقال البائع بعتك ، فالأول القبول ، والثانى الإيجاب ، فالبائع

---

(١) راجع حاشية الشيخ عميرة على الجلال المحلى (ج٢ص١٥٢) .

فى عقد البيع هو الموجب دائماً ، والمشترى هو القابل تقدم لفظه أو تأخر[١] .

فروع :

١ ـ يجوز أن يتقدم لفظ المشترى على لفظ البائع ، كما لو قال : بعنى هذا العقار بكذا ، فإذا كان بلفظ قبلت ، فلا يصح لأنه يستدعى شيئاً قبله ، فلم ينتظم الابتداء به ، وبهذا صرح الإمام والأوجه الصحة فى لفظ قبلت كما جزم به الشيخان فى النكاح[٢] والبيع مثله ، وهذا ناظر إلى المعنى والأول ناظر إلى اللفظ .

٢ ـ ولو قال بعنى فقال : بعتك ، انعقد البيع فى الأظهر ، لدلالة بعنى على الرضا ، والثانى : لا ينعقد ، لاحتمال أن يكون لفظ بعنى مراداً به استبانة الرغبة . والمذهب فى النكاح القطع بالصحة . والفرق أن النكاح غالباً يسبقه خطبة فيتخلف فيه توجيه مقابل الأظهر[٣] .

وأشار المصنف بكاف الخطاب فى صيغ الإيجاب إلى اعتبار الخطاب فيه، وإسناده لجملة المخاطب ، فلا يكفى إسناده إلى بعضه ولو كان لا يبقى بدونه حتى ولو أراد التعبير بالجزء عن الجملة مجازاً ، بأن قال مثلاً بعت يدك وهذا ما ذهب إليه الأسنوى . أما لو قال : بعت نفسك وأراد الذات صح .

والمعتمد أنه يصح أضافته للجزء إذا أراد به الكل ولو كان يعيش بدونه[٤]

---

(١) ويرى الأحناف أن الإيجاب ما صدر أولاً من أحد طرفى العقد بائعاً كان أو مشترياً والقبول ما صدر ثانياً وإن كان بائعاً لأن الإيجاب عندهم بمعنى الإثبات فالأول يريد إثبات العقد بانضمام قول الثانى إليه فيكون القبول معناه الرضا بما قاله الأول .

(٢) حاشية الباجورى على ابن قاسم (ج١ص٣٤١) .

(٣) قليوبى وعميرة (ج٢ص١٥٢) .

(٤) حاشية البجيرمى (ج٢ص٥) .

فلو قال : بعت يدك وأراد بها كله صح البيع ، وكذلك إذا قال : بعت عينك وما شاكل ذلك .

فلابد إذن من أن يسند البيع إلى المخاطب ، ولو كان نائباً عن غيره ، وهو كذلك ، فإن لم يسنده أو أسنده إلى موكله ، فإنه لا يصح ، ومثال ذلك ما إذا قال المشترى للبائع بعت هذا بعشرة جنيهات مثلاً ، فيقول البائع بعتُ أو قال : بعتُ موكلك فقبل فالعقد غير صحيح بخلاف النكاح فإنه يصح ، بل لا يصح النكاح إلا به ، كما هو مبسوط فى الوكالة .

ويستثنى من اعتبار الخطاب بيع متولى الطرفين ، وكذا قوله نعم فى صورة ما إذا قال المشترى للبائع بعنى هذا الثوب بعشرة جنيهات فقال البائع: نعم .

الصريح والكناية :

وكما ينعقد البيع بصريح اللفظ كبعتك وملكتك واشتر منى ينعقد كذلك بالكناية فى الأصح ، ويكون لفظ البيع كناية إذا احتمل البيع وغيره ، ومن ألفاظه جعلته لك بكذا أو خذه بكذا أو بارك الله لك فيه ناوياً البيع ، فهذه الألفاظ كما تحتمل البيع تحتمل غيره ، ومن ثم فلا ينعقد بها البيع إلا بالنية ولو فى جزء من الصيغة ، لأنه لا يشترط اقترانها بكل اللفظ خلافاً لمن قال بذلك .

والثانى : أنه لا ينعقد بلفظ الكناية ، لأن المخاطب لا يدرى أخوطب ببيع أم بغيره ، وهذا الرأى مردود عليه بأن ذكر العوض ظاهر فى البيع ، فوجوده قرينة عليه وإذا توافرت القرائن الدالة على إرادة البيع وجب القطع بصحته

كما قال الإمام[١] .

وما دام البيع بلفظ الكناية لا ينعقد إلا بالنية ، فإنه لو شرط الموكل على الوكيل أن يبيع ويشهد على البيع . فلا ينعقد جزماً، لأن الشهود لا يطلعون على النية .

نعم إن توافرت القرائن على إرادة البيع قال الغزالى : الظاهر انعقاده ، وأقره عليه فى أصل الروضة ، وصورة الشرط أن يقول : بع على أن تشهد ، فلو قال : بع وأشهد لم يكن الإشهاد شرطاً ، صرح بذلك المرعشى ، واقتضاه كلام غيره[٢] .

والأولى التعليل بالاحتياط ، لأن ذكر العوض قرينة على النية فيطلع عليها الشهود[٣] .

شروط الصيغة

ولكى ينتج الإيجاب والقبول أثرهما ، ويكون للعقد وجود معتبر شرعاً، يجب أن يتوافر فيه الشروط الآتية :

١ ـ أن يكون القبول على وفق الإيجاب بمعنى أن يكون مساوياً له من حيث النوع والصفة والقدر والحلول والتأجيل ، فإن كان كذلك دل على توافق الإرادتين ، وتلاقى الرغبتين ، فإذا لم يوافق القبول الإيجاب كأن ورد الإيجاب على شىء والقبول على شىء آخر مثل أن يقول أحدهما بعتك عقارى هذا

(١) قليوبى وعميرة على شرح جلال الدين المحلى (ج٢ص١٥٤) .

(٢) النهاية لأبى الفضل ولى الدين البصير (ص٢١) .

(٣) حاشية البجيرمى (ج٢ص٨) .

بكذا فيقول الآخر اشتريت سيارتك بكذا ، أو يرد الإيجاب على شيء مقيد بوصف ويرد القبول على ذلك الشيء مقيداً بوصف أخر مثل أن يقول أحدهما : بعتك دارى هذه بألف ، فيقول الآخر اشتريتها بخمسمائة أو قال أوجبتك بألف مكسرة فقبل بألف صحيحة لم يصح العقد ، ومحل عدم الصحة مالم تساو قيمة الصحاح المكسرة . أما إذا تساويا فإنه يصح ، كذا قيل . لكن ذكر البرماوى عدم الجواز أيضاً وإن تساوت .

وهذه الموافقة قد تكون موافقة حقيقية ، وقد تكون ضمنية ، فإذا قال : بعتك هذا العقار بألف جنيه فقال : قبلت بهذا ، فتلك هى الموافقة الحقيقية . أما إذا قال : بعتك هذه السيارة بألف فقال : قبلت بألفين ، فالبيع فى هذه الصورة ينعقد مع وجود هذه المخالفة الصورية ، لأنها فى الواقع موافقة ، ذلك أن البائع إذا قبل بألف فإن موافقته بألفين تكون من باب أولى .

٢ ـ أن لا يتخللها كلام أجنبى عن العقد ، والكلام الأجنبى هو ما ليس من مقتضيات العقد ، كقبض ورد بعيب ، ولا من مصالحه كشرط خيار وإشهاد ورهن ، ولا من مستحباته كخطبة ، فلو قال المشترى بعد تقدم الإيجاب بسم الله الرحمن الرحيم ، والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ ، قبلت : صح . وهذا على رأى الرافعى ، أما المصنف فقد صحح فى باب النكاح عدم استحباب الخُطْبة بين الإيجاب والقبول ، لكنه قال : إن ذلك غير مضر كما فى النكاح .

فإذا تكلم المشترى بكلام أجنبى عن العقد ولو يسيرا وكان مقارناً لإيجاب البائع بطل العقد ، والكلام اليسير يصدق بحرف واحد بشرط الإفهام ، وذلك قياساً على الصلاة . ويؤخذ من هذا القياس أنه لا يضر تخلل

اليسير سهواً أو جهلاً إن عذر ، والمراد بالعذر ، لن يكون ممن يخفى عليه ذلك، وإن لم يكن قريب عهد بالإسلام ، ولا نشأ بعيداً عن العلماء ، لأن هذا من الدقائق التى تخفى[١] .

ولو قارن الكلام الأجنبى صيغة المتأخر منهما فالذى رجحه العلامة ابن قاسم أنه يضر أخذاً من التعليل بالإعراض ، ويؤخذ منه البطلان بمقارنة صيغة المتقدم أيضاً . واغتفر الكلام اليسير العمد فى الخلع وإن قصد به القطع والفرق أن ما هنا معاوضة محضة[٢] أما فى الخلع والجعالة فكل منهما محتمل لجهالة العوض ، وإذا كان كذلك فيغتفر فيه التخلل بالكلام اليسير ولو عمداً .

٣ ـ ويشترط : أن لا يطول الفصل بينهما بسكوت طويل ، وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول ، فإن طال الفصل بينهما ولو جهلاً أو سهواً فإنه يضر كما فى الفاتحة على المعتمد . بخلاف اليسير فإنه لا يضر إلا إذا قصد به القطع .

٤ ـ ويشترط أن يصر البادئ على ما أتى به من الإيجاب والقبول . وأن يتلفظ كل منهما بحيث يسمعه من بقربه .. وإشارة الأخرس وكتابته فى العقود والدعاوى والأقارير ونحوها كالنطق بها من غيره فتصح بها للحاجة[٣] .

---

(١) حاشية البجيرمى (ج٢ص١٢) .

(٢) قليوبى وعميرة (ج٢ص١٥٤) .

(٣) النهاية (ص٢٢) .

انعقاد البيع بالمعاطاة

والمعاطاة المناولة من عطى يعطى إنا تناول مفاعلة من العطاء وهو أن يتفاوضا من غير عقد . أى بتسليم وتسلم ولا يوجد لفظ أو يوجد لفظ من أحدهما دون الآخر لكن استعملها الفقهاء فى مناولة خاصة[١] .

والمشهور من مذهبنا أنه لا تصح المعاطاة فى البيع لا فى قليل ولا كثير، وبهذا قطع المصنف والجمهور ، وهناك وجه مشهور عن ابن شريح أنه يصح البيع بالمعاطاة فيما يعده الناس بيعاً ، لأن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت فى الشرع لفظ له ، فوجب الرجوع إلى العرف ، ولفظة البيع مشهورة ، وقد اشتهرت الأحاديث بالبيع عن النبى ﷺ وأصحابه رضى الله عنهم فى زمنه وبعده ، ولم يثبت فى شىء منها مع كثرتها اشتراط الإيجاب والقبول[٢] .

وقد جرت العادة بين الناس بصحة بيع المحقرات ، وأما النفيس فلابد فيه من الإيجاب والقبول ، ومعرفة المحقر والنفيس من الأشياء مرجعه العرف الجارى ، فما عده من الحقرات صح فيه البيع ، وإلا فلا . وهذا هو المشهور تفريعاً على صحة المعاطاة .

وحكى الرافعى وجهاً، أن المحقر دون نصاب السرقة. وهذا شاذ ضعيف ، بل الصواب أنه لا يختص بذلك ، بل يتجاوز إلى ما يعده أهل العرف بيعاً[٣].

قال شارح المنهاج : وقيل ينعقد بها فى المحقر أى ينعقد البيع بالمعاطاة فى الأشياء التى تكون قيمتها زهيدة لا يابه بها كرغيف خبز وحزمة بقل،

---

(١) المصباح المنير (ج٢ ص٤٩٧) .

(٢) المجموع شرح المهذب (ج٩ ص١٧٢) .

(٣) المرجع السابق (ج٩ ص ١٧٣) .

والبقل كل نبات اخضرت له الأرض ، وقيل : فى كل ما يعد فيه بيعاً بخلاف غيره كالدواب والعقار واختاره المصنف فى الروضة وغيرها .

ويتحصل من ذلك أن بيع المعاطاة فيه ثلاثة آراء :

الأول : انه غير صحيح لحديث ابن ماجه وغيره « إنما البيع عن تراض» والرضا خفى فاعتبر ما يدل عليه من اللفظ ومثل اللفظ الكتابة والإشارة ، فلا ينعقد البيع من غير إيجاب وقبول لا فرق فى ذلك بين المحقرات كالخبز واللحم وقليل الفواكه وغيرها كالعقارات والسيارات والدواب لأن البيع اسم للإيجاب والقبول ، لا مجرد فعل بتسليم وتسلم .

الثانى : ينعقد فى المحقرات مثل الخبز والبقل واللبن والفاكهة وسائر الاحتياجات اليومية المتكررة .

الثالث : ينعقد فى كل ما يعد فيه بيعاً أى أن كل ما اعتاده الناس وتعاملوا فيه وصححوا بيعه من غير إيجاب وقبول فهو صحيح لأن العرف أصل من أصول الشرع .

حكم المأخوذ بالمعاطاة :

وعلى القول المشهور بعدم صحة بيع المعاطاة مطلقاً فإن المأخوذ بها فيه ثلاثة أوجه :

الوجه الأول :

وهو أصحها ، أنه يأخذ حكم المقبوض ببيع فاسد ، فيطالب كل واحد منهما الآخر برد ما أخذه إن كان باقيا ، أو بدله إن كان تالفاً فإن كان الثمن الذى قبضه البائع مثل القيمة ، فالغزالى فى الإحياء يقول : هذا مستحق ظفر بمثل حقه ، والمالك راض فله تملكه لا محالة ، وظاهر كلام المتولى وغيره أنه يجب رده مطلقاً .

الوجه الثانى :

أن هذا إباحة لازمة لا يجوز الرجوع فيها ، وهو وجه ضعيف ، لأنه لو كان إباحة لكان له الرجوع ، كما لو أباح كل واحد منهما لصاحبه طعامه ، وأكل أحدهما ولم يأكل الآخر ، فإن للآكل أن يرجع عن الإباحة ويسترد طعامه بلا خلاف.

أما هنا فلو أتلف أحدهما ما أخذه وبقى مع الآخر ما أخذه لم يكن لمن تلف فى يده أن يسترد الباقى فى يد صاحبه من غير أن يغرم له بذل ما تلف عنده وهذا معناه أنه ليس من الإباحة فى شىء.

الوجه الثالث : أن العوضين يستردان ، فإن تلفا فلا مطالبة لأحدهما ويسقط عنهما الضمان ، ويتراد منهما بالتراضى، وهذا القول مردود على صاحبه لأنه لا يرى ذلك فى سائر العقود الفاسدة هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن إسقاط الحقوق طريقه اللفظ ، كالعفو عن القصاص والإبراء من عن الديون ، فإن أقمنا التراضى مقام اللفظ فى الإسقاط وجب أن نقيمه فى انعقاد العقد.

وهذا الخلاف المذكور فى المعاطاة فى البيع يجرى فى الإجارة والرهن والهبة ونحوها، أما صدقة التطوع والهدية، فعلى القول بصحة بيع المعاطاة فهما أولى بذلك من البيع، وعلى القول بعدم الصحة فالأصح عند جمهور فقهاء المذهب أنه لا يشترط فيهما اللفظ وحجتهم فى ذلك ، أن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله ﷺ فيأخذها ، ولا لفظ هناك وعلى هذا جرى الناس فى جميع الأمصار، فقد كانوا يبعثون الهدايا على أيدى الصبيان الذين لا عبارة لهم.

اعتراض وجوابه :

فإن قيل بأن هذا من قبيل الإباحة ، ولايسمى هدية ولا تمليكاً أجيب عن

ذلك بأنه لو كان باحة ما تصرفوا فيه تصرف الملاك ، ومعلوم أن ما قبله النبى ﷺ من الهدايا كان يتصرف فيه ويملكه غيره .

ويمكن أن يحمل كلام من اعتبر الإيجاب والقبول على الأمر المشعر بالرضا دون اللفظ ، والإشعار بالرضا يكون لفظاً ويكون فعلاً . فالعبرة بالرضا فى كل ما تقدم والتسليم والتسلم دليل على الرضا وقد قالوا : العبرة فى العقود بالمعانى لا بالألفاظ .

الركن الثانى : العاقد :

وإذا أطلق العاقد انصرف إلى البائع والمشترى لأن كلا منهما له دخل فى تحصيل التمليك بالثمن والشروط التى ذكرها المصنف أربعة : الأول والثانى منهما عام يصدق على البائع والمشترى ، والثالث والرابع خاصان بالمشترى وفيما يلى نتكلم عن شروطالعاقد ثم شروط المعقود عليه[١] .

شروط العاقد :

والعاقد كما قال البجيرمى فى حاشيته هو من له دخل فى تحصيل التمليك بالثمن وهو صادق بكل من البائع والمشترى أو غيرهما .

وشرطه الأول : إطلاق تصرف ، والمراد بالمطلق التصرف من أذن له الشارع فى التصرف فيدخل فيه الولى فى مال موليه وكونه لا يتصرف إلا بالمصلحة قدر زائد على إطلاق التصرف ، وعبارة الشوبرى إطلاق التصرف صحته ولو بالبيع . فلا يصح عقد الصبى والمجنون ولو أذن له الولى فى التصرف لقوله عليه السلام : (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يكبر وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق) ومن حجر عليه بسفه أو فلس لا يصح تصرفه بالنسبة لبيع عين ماله أما شراؤه بثمن فى

(١) حاشية البجيرمى على المنهج ج٢ ، ص١٤.

الذمة فيصح . ومن بلغ غير مصلح لدينه وماله ، لا يصح تصرفه ، قال البغوى الصلاح فى الدين أن يكون مجتنبا للفواحش والمعاصى المسقطة للعدالة.

الشرط الثانى : عدم إكراه بغير حق ، فلا يصح عقد مكره فى ماله بغير حق لعدم رضاه قال تعالى : ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ ومحله إن لم يقصد إيقاع البيع وإلا صح كما بحثه الزركشى أخذاً من قولهم لو أكره على إيقاع الطلاق فقصد إيقاعه صح القصد ، فالصريح فى حق المكره كناية كما ذكروه فى الطلاق[١] .

فإن كان الإكراه بحق صح عقده ، وذلك كأن توجه عليه بيع ما له لو فاء دين أو شراء مال أسلم إليه فيه . ومن الإكراه بحق أن يكون عنده طعام يحتاج إليه الناس ، فيكرهه الحاكم على بيع الزائد على كفاية سنة ويفهم من ذلك أنه لا يصح لو باعه أو اشتراه بإكراه غير الحاكم ولو كان المكره مستحق الدين ، وهو ظاهر لأنه لا ولاية له . نعم إن تعذر الحاكم فتتجه الصحة بإكراه المستحق أو غيره ممن له قدرة عليه ، لأن المراد إيصال الحق لمستحقه ، ولصاحب الحق أن يأخذ ماله ويتصرف فيه بالبيع وإن لم يكن من جنس حقه ويحصل حقه به ، ولن يتملكه إن كان من جنس حقه لأنه ظافر . ومنه ما يقع فى مصر من أن بعض الملتزمين فى البلد يأخذ غلال الفلاحين لامتناعهم من أداء المال الواجب عليهم فيصح البيع [٢] .

ويصح عقد مكره فى مال غيره بإكراهه لأنه أبلغ فى الإذن[٣] .

---

(١) راجع حاشية البجيرمى (ج٢ص١٥).

(٢) المرجع السابق (ج٢ص١٦) .

(٣) حاشية الباجورى على ابن قاسم (ج١ص٣٢٨) .

الشرط الثالث : إسلام من يشترى له مصحفاً أو كتب حديث أو علم فيها آثار السلف. والمراد بالمصحف هنا ما فيه قرآن مقصود ولو قليلاً كرسالة أو تميمة ، وأجاز ابن عبد الحق التميمة والرسالة اقتداء بفعله صلوات الله عليه ، وخرج بالمقصود ما كان على جدار أوسقف و ثوب أو نحوهما[1] فلا يصح لكافر أن يتملك شيئاً من ذلك بالبيع أو بغيره ولو بوكالة مسلم عنه لأن الملك يقع له . لما فى امتلاكه للقرآن وكتب الحديث وآثار السلف من الإهانة وكذلك لا يصح للكافر أن يستخدم مسلماً لما فى استخدامه للمسلم من الإذلال ، وقد قال الله تعالى: ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾.

وعبر بالإذلال فى جانب المسلم ، وبالإهانة فى جانب المصحف ، لأنه يعتبر فى حقيقة الإذلال أن يكون للمذلول شعور يميز به بين الحسن والقبيح. والمرتد له حكم المسلم فيما تقدم ، لبقاء علقة الإسلام فيه ، وعلقة الإسلام كما قال البرماوى وجوب مطالبته بما مضى حال ردته من الصلاة والصوم ونحو ذلك ، ولا مانع من مطالبته بالإسلام فإذا طولب به وأسلم ، فلا يبقى تحت يد الكافر[2] .

. وخرج بملك المصحف وما بعده ، إجارتها أو إعارتها ورهنها ، فتقع صحيحة لكن مع الكراهة فى العقد على العين وعلى كل لا تسلم العين إليه ، بل يقبضها عنه الحاكم ثم يأمره وجوباً بإزالة ملكه عنها فى إجارة العين ، ويمنعه من استخدام المسلم لما فيه من الإذلال له كما قدمنا .

ويشترط : عدم حرابة من يشترى له عدة حرب كسيف ورمح ونشاب،

---

(١) قليوبى وعميرة (ج٢ص١٥٦) .

(٢) حاشية البجيرمى (ج٢ص١٧) .

وترس ودرع وخيل ، ومثل الخيل السفن إذا كانوا يقاتلون عليها فى البحر ، فلا يصح شراء شيء من ذلك لحربى لأنه يستعين به على قتالنا ، فالمنع منه لأمر لازم لذاته وهو الاستعانة على قتالنا بخلاف الذمى ، وقاطع الطريق لأنهما فى قبضتنا ، ولسهولة تدارك أمرهما ، وليست الحرابة متأصلة فى الذمى ، مالم يعلم أنه يدسه لأهل الحرب ، فإن علم منه ذلك لم يصح شراؤه خلافاً لمن قال بحرمة الشراء مع الصحة ، وبخلاف غير عدة الحرب ، ولو بما تصنع منه كالحديد ، إذ لا يتعين جعله عدة حرب ، لكن لو أخبر معصوم أنهم سيجعلونه عدة حرب ، فيكون بيعه لهم غير صحيح ، وهو محتمل وشراء البعض من ذلك كشراء الكل وسائر التملكات كالشراء ويكره للمسلم بيع المصحف ، لأن فى ذلك نوع امتهان ، حيث جعل المصحف كالسلع التى تعرض للبيع والشراء ، والمراد بالمصحف هنا خالص القرآن ، فخرج به المشتمل على تفسيره وإن كان التفسير أقل من القرآن أو أكثر ، وكتب العلم والحديث ولو قدسياً فلا يكره بيع شيء من ذلك ، وكما يكره بيع المصحف يكره كذلك شراؤه ، قيل وثمنه مقابل لدفتيه وقيل بدل أجرة نسخه ، وقيل يكره البيع دون الشراء ، وهو المعتمد لما فى الأول من الإعراض وإزالة الملك ولما فى الثانى من الرغبة والتحصيل وشتان ما بين القصدين

وقد أجاز ابن عبد الحق بيع الرسالة والتميمة لكافر اقتداء بفعله صلوات الله عليه ، فقد ثبت أنه ﷺ أرسل الكتب إلى الملوك يدعوهم فيها إلى الإسلام ولا شك أنها كانت مشتملة على بعض القرآن . فصح البيع لذلك وإذا نقش قرآن على جدار أو سقف أو ثوب وبيع معها فلا شك أنه غير مقصود وفى هذه الحالة لا مانع من أن يكون المشترى غير مسلم .

استخدام الكافر للمسلم

وإذا كنا قد منعنا بيع القرآن لغير المسلم لما ذكرنا ، فهل يصح للكافر أن يستخدم مسلماً ؟، وأحب فى هذا المقام أن أبين أن كلام الفقهاء فى هذه المسألة انصب على شراء الكافر للمسلم فهم قد منعوا لما فى امتلاكه له من الإذلال ، والله سبحانه وتعالى يقول : ﴿ولن يجعل الله للكافرين علي المؤمنين سبيلا﴾ . فهذا لا يصح ولا يجب أن يكون ، اللهم إلا إذا كان الكافر أبا أو ابنا فيصح له أن يشترى المسلم ليعتقه ، فإذا اشتراه ليعتقه فلا ضير على المسلم فى ذلك لانتفاء الإذلال حينئذ وإن كان هناك رأى آخر يمنع من شرائه له فى هذه الحالة لأنه فى رأيه لا يخلو عن الإذلال[1] .

والمرتد له حكم المسلم فيما تقدم لبقاء علقة الإسلام فيه ، وعلقة الإسلام تظهر فى وجوب مطالبته بالإسلام حال ردته فإذا طولب وأسلم فلا يبقى تحت يد الكافر[2] .

ولنا الآن أن نتساءل هل هذا الحكم يسرى على استخدام الكافر للمسلم ؟ وللإجابة عن هذا السؤال نقول : إنه ينبغى أن نفرق بين أمرين :

الأول : إذا كان الغرض خدمة المسلم للكافر فى شئونه الخاصة فى المنزل أو فى خارج المنزل فلا شك أن الإذلال قد تحقق ، فالمسلم خادم والكافر مخدوم أى عبد والكافر سيد له الأمر والنهى وفى ذلك ما فيه من ضعف العزة والسيادة فى الأرض ﴿ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين﴾ .

---

(١) راجع المنهاج (ج٢ص١٥٦) .

(٢) راجع حاشية البجيرمى (ج٢ص١٧) ، والبرماوى على الغاية لابن قاسم .

الأمر الثانى : أن المسلم إذا كان يحترف عملاً شريفاً ويتقن صنعة لها قيمة فى حياة الناس ، فلا ضير عليه أن يعمل عند الكافر لأنه لا يعيش عالة وإنما يأكل من كد يمينه وعرق جبينه وفى هذه الحالة لا ينال منه الكافر لا فى خلقة ولا دينه . وقد صرح بعض الفقهاء بالمنع ولعله قصد الحالة الأولى حالة استئجار الكافر للمسلم أو للمصحف وما فى حكمه ، فإن الإجارة تقع صحيحة لكن مع الكراهة فإذا أراد أن يتسلم العين ، فلا تسلم له بل يقبضها الحاكم عنه ثم يأمره وجوباً بإزالة ملكه عنها فى إجارة العين ، ويمنعه من استخدام المسلم لما فيه من الإذلال[1] .

آراء الفقهاء فى بيع المصاحف :

للفقهاء فى هذه المسألة ثلاثة آراء :

الأول : رخص فى شرائها وكره بيعها ، وقد كان أصحاب رسول الله ، يكرهون بيع المصاحف وفى ذلك روى البيهقى بإسناده عن ابن عباس ومروان ابن الحكم أنهما سئلا عن بيع المصاحف للتجارة فقالا : لا نرى أن تجعله متجراً ولكن ما عملت بيديك فلا بأس به . وروى أيضاً بإسناد صحيح عن سعيد بن جبير « اشتره ولا تبعه » وهذا إن صح فإنه يدل على جواز بيعه مع الكراهة ، والكراهة هنا للتنزيه تعظيماً للمصحف عن أن يبتذل بالبيع أو يجعل متجراً .

والثانى : كره البيع والشراء ، وبه قال ابن مسعود .

والثالث : يرى صحة بيع المصحف وشرائه وإجارته ونسخه بالإجرة

---

(١) راجع حاشية قليوبى على المنهاج (ج٢ص١٥٦) .

لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه ، أنه سئل عن بيع المصاحف ، فقال : لا بأس يأخذون أجور أيديهم ، ولأنه طاهر منتفع به ، فهو كسائر الأموال .

والصحيح من المذهب : أن بيعه مكروه دون الشراء ، وهو نص الشافعى فى كتاب اختلاف على وابن مسعود وبه قطع البيهقى . لما فى بيعه من الإعراض وإزالة الملك ، ولما فى الشراء من الرغبة فى تحصيل منافعه العظيمة وأثاره الطيبة وشتان ما بينهما[١] . ومع هذا فالحاجة تدعو إلى شرائه وبيعه وإذن فلا بأس فى بيعه والله أعلم

الشرط الرابع : عصمة المشترى إذا كان المبيع سلاحاً :

فالمعدات الحربية التى تستخدم فى ميدان القتال براً وبحراً وجواً حتى البدائية منها كالسيف والدرع والرمح والنشاب وغيرها وكذلك الخيل ، فهذه المعدات محظور بيعها لحربى ، فإن الحربى ليس بيننا وبينه عهد ولاذمة تمنعه من قتالنا، فإذا أجزنا له شراء مثل هذه الأسلحة فإنه يستعين بها على قتالنا.

أما الذمى وقاطع الطريق فإن حكمهما يختلف فيصح البيع لهما لأنهما فى قبضتنا فيسهل تدارك الأمر إذا سولت لهما أنفسهما قتالنا ، ولأن الذمى ليست الحرابة متأصلة فيه . وهذا حكمه ما لم يخن العهد والذمة ، فإن خانهما وعلمنا أنه يدسه لأهل الحرب فإنه يأخذ حكم الكافر الحربى .

أما ما تصنع منه أدوات الحرب كالحديد أو ما يستخدم وقود للسيارات والطائرات ، فإن حكمه يختلف فإن أخبر معصوم أنهم سيجعلونه عدة حرب لقتالنا فيكون حكمه حكم بيع آلات الحرب وإلا فلا .

---

(١) راجع المجموع شرح المهذب (ج٩ص٢٧٢ ، ٢٧٣) .

الركن الثالث : المعقود عليه :

وهو المال المقصود نقله من أحد العاقدين إلى الآخر ، ثمناً كان أو مثمناً، واعلم أن النقد يكون ثمناً دائماً والمبيع مقابله ، وإن دخلت عليه الباء فإذا قلت: بعتك هذا الدينار بعشرة أقلام فالدينار هو الثمن والعشرة أقلام مقابل الثمن . أما إذا كان الثمن والمثمن نقدين أو عرْضين فالثمن ما دخلت عليه الباء والمبيع مقابله ومثال ذلك ما إذا قلت : بعتك هذا الثوب بحقيبة فالحقيبة هى الثمن والثوب فى مقابله[1] .

شروط المعقود عليه

والمعقود عليه هو الثمن والمثمن وله شروط خمسة :

أن يكون طاهراً ، وأن يكون منتفعاً به ، وأن يكون للعاقد عليه ولاية ، وأن يكون قادراً على تسليمه ، وأن يكون معلوماً للعاقدين عيناً وقدرا وصفة . وقد ذكر السبكى أن هذه الخمسة ترجع إلى شرطين فقط وهما كونه مملوكاً منتفعاً به ، لأن القدرة على التسليم والعلم به وكون الملك لمن له العقد هى فى الحقيقة شروط فى العاقد ، وشرط الطهارة مستغنى عنه بالملك لأن النجس غير مملوك ، وأجيب عن ذلك بأن هذه أمور اعتبارية تارة تعتبر مضافة للعاقد ، وتارة تعتبر مضافة للمعقود عليه[2] ، وفيما يلي نتناول هذه الشروط بالبيان والإيضاح :

الشرط الأول : أن يكون المعقود عليه طاهرًا :

والأعيان الطاهرة ضربان : ضرب لا منفعة فيه ، وضرب فيه منفعة ،

---

(١) راجع حاشية الدابغى على الاقناع للخطيب (ج٢ص٣) .

(٢) حاشية البجيرمى (ج٢ص١٩) .

فأما الذى لا منفعة فيه فهو كالحشرات والسباع التى لا تصلح للاصطياد ، والطيور التى لا تؤكل ولا تصطاد كالرخمة والحدأة وما لا يؤكل من الغراب ، فلا يجوز بيعه لأن مالا منفعة فيه لا قيمة له فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل ، وبذل العوض فيه من السفه .

وأما ما فيه منفعة فلا يجوز بيع الحر منه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : قال ربكم « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، ومن كنت خصمه خصمته (أى خلجته[1] وغلبته) رجل اعطى بى ثم غدر ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره » .

وما عدا ذلك من الأعيان الطاهرة المنتفع بها فى المأكل والمشرب والملبس والأراضى والعقارات فيجوز بيعها ، لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على بيعها من غير إنكار[2] على صحة بيع كل ما كان طاهراً أو أمكن تطهيره بغسله ، فلا يصح بيع النجس .

والنجس إما أن يكون نجس العين أو نجس بملاقاة نجاسة ، فأما نجس العين فلا يجوز بيعه وذلك مثل الكلب والخنزير والخمر والسرجين[3] ، وما أشبه ذلك من النجاسات والأصل فيه ما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « إن الله تعالى حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » . وروى ابن مسعود وأبو هريرة أن رسول الله ﷺ: «نهى عن ثمن الكلب» فنص على

---

(١) خلجت الشىء خلجا من باب قتل انتزعته ، واختلج العضو اضطراب (راجع المصباح المنير ج١ ص٢١٢) .

(٢) المهذب : لأبى إسحاق الشيرازى (ج١ص٢٦١ ـ ٢٦٢) .

(٣) السرجين الزبل وهى كلمة أعجمية فعربت قال الأصمعى : لا أدرى كيف أقوله : وإنما أقول: الروث . المصباح المنير ج١ص٢٢٣.

الكلب والخنزير والخمر والميتة . ويقاس عليها سائر الأعيان النجسة .

وأما اقتناؤها فينظر فيه ، فإن لم يكن فيها منفعة مباحة كالخمر والخنزير والميتة والعذرة لم يجز اقتناؤها لما روى أنس قال : سأل رجل النبى ﷺ عن الخمر تصنع خلا فكرهه ، وقال : اهرقها ، ولأن اقتناء مالا منفعة فيه سفه فلم يجز ، فإن كان فيه منفعة مباحة كالكلب جاز اقتناؤه للصيد والماشية والزرع لما روى سالم عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : « من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان » وفى حديث أبى هريرة إلا كلب صيد أو ماشية أو زرع ، لأن الحاجة تدعو إلى الكلب فى هذه المواضع فجاز اقتناؤه ، وهل يجوز اقتناؤه لحفظ الدواب؟ فيه وجهان :

أحدهما : يجوز للخبر .

والثانى : لا يجوز لأنه لا حاجة به إليه ، وهل يجوز اقتناء الجرو للصيد والزرع والماشية فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز لأنه ليس فيه منفعة يحتاج إليها . والثانى: يجوز لأنه إذا جاز اقتناؤه للصيد جاز اقتناؤه لتعليم ذلك. وأما السرجين فإنه يكره اقتناؤه، وتربية الزرع به لما فيه من مباشرة النجاسة .

وأما النجس بملاقاة النجاسة : فهو الأعيان الطاهرة إذا أصابتها نجاسة فينظر فيها ، فإن كان جامداً كالثوب وغيره جاز بيعه لأن البيع يتناول الثوب وهو طاهر ، وإنما جاورته النجاسة ، وإن كان مائعاً نظرت فإن كان مما لا يطهر كالخل لم يجز بيعه لأنه نجس لا يطهر بالغسل ، فلم يجز بيعه كالخمر . والثانى : يجوز بيعه لأنه يطهر بالماء فأشبه الثوب ، فإن كان دهناً فهل يطهر بالغسل فيه وجهان : أحدهما : لا يطهر لأنه لا يمكن عصره من النجاسة فلم يطهر كالخل وهو الأصح ، والثانى : يطهر لأنه يمكن

غسله[١] بأن يصب عليه فى إناء ماء يغليه ويحرك بخشبة حتى يصل إلى جميع أجزائه وهو مردود بحديث الفارة : فقد سئل رسول الله ﷺ : عن الفارة تموت فى السمن . فقال : إن كان جامداً فالقوها وما حولها ، وإن كان مائعاً فأريقوه ، فلو أمكن تطهيره شرعاً لم يقل فيه ذلك . وعلى إمكان تطهيره قيل يصح بيعه قياساً على الثوب المتنجس ، والأصح المنع عملاً بالحديث الذى سبق ذكره . ويجرى الخلاف فى بيع الماء النجس لأن تطهيره ممكن بالمكاثرة ، وجزم بعضهم بالمنع ، وقال إنه ليس بتطهير بل يستحيل ببلوغه قتلين من صفة النجاسة إلى الطهارة[٢] كطهارة الخمر بالتخلل وجلد الميتة بالدباغ ، وقد يقال هذا قياس مع الفارق ، لأن الماء من جنس الطاهر بخلاف الخمر[٣] .

والحاصل أن فيه : قولين ضعيفين : القول بإمكان طهره ، والقول بصحة بيعه ، والثانى : مبنى على الأول .

الشرط الثانى : أن يكون منتفعاً به انتفاعاً شرعياً ولو فى المستقبل كالجحش الصغير، فلا يصح بيع مالا ينتفع به بمجرده وإن تأتى النفع به بضمه إلى غيره كحبتى حنطة ، إذ عدم النفع إما للقلة مثل حبتى الحنطة ففيها منفعة ولكن لايعتد بها شرعاً ولذا فإنه لا أثر لوضعها فى فخ للاصطياد. وإما أن يكون عدم النفع راجع إلى الخسة كالحشرات الضارة ، وهى دواب الأرض كالحية والعقرب والفارة ، إذ لا نفع فيها يقابل بمال أى لا

---

(١) المهذب لأبى إسحاق الشيرازى (ج١ص٢٦٢) .

(٢) قليوبى وعميرة (ج٢ص١٥٧) .

(٣) حاشية البجيرمى (ج٢ص٢١) .

نفع يعتبر ويقصد شرعاً بحيث يقابل بمال .

فالمدار أن يكون فيه منفعة مقصودة معتد بها شرعاً بحيث يقابل بالمال. وقد علل الرافعى عدم صحة بيع مالا منفعة فيه ، بأن أخذ المال فى مقابلته قريب من أكل المال بالباطل وقد قال اللّه تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾[1] . فلا يجوز بيع سباع لا تنفع كأسد وذئب ونمر ، وما فى اقتناء الملوك لها من الهيبة والسياسة ليس من المنافع المعتبرة بخلاف ما ينفع منها كضبع للأكل وفهد للصيد ، وفيل للقتال .

والسبع هو كل حيوان مفترس، وهو لا نفع فيه لأنه لا يؤكل ولا يصطاد ولا يقاتل عليه ، ولا يتعلم ولا يصلح للحمل . وأما السياسة : فهى إصلاح أمور الرعية وتدبير مصالحهم ، قال فى المختار : يقال ساس الناس أصلح أمورهم .

فروع :

لا يصح بيع آلات اللهو المحرم كالطنبور والمزمار ، إذ لا نفع بها شرعاً ، وإن تمول رضاضها[2] ، وقيل يصح بيع آلات اللهو ، إن عد رضاضها مالاً لأن فيه نفعاً متوقعاً ، ورد بأنها على هيئتها لا يقصد منها غير المعصية . ومثلها فى عدم الصحة الصور والصلبان ولو من ذهب أو فضة أو حلوى ، لكن قال شيخنا بصحة بيع صور الحلاوة لأن المقصود منها الرواج . وقال الرافعى : الوجهان فيها يجريان كما فى الصلبان والصور. ثم الحكم ثابت ولو كانت من الجواهر النقية ثم لا يخفى أن من الصور ما يجعل من الحلوى بمصر

---

(١) الآية رقم (٢٩) من سورة النساء .

(٢) رضاض الشيء : ما تكسر منه : من رضضته رضا : كسرته . المصباح ج١ ص٢٧١.

على صور الحيوان ، وقد عمت به البلوى ببيع ذلك وهو باطل . قال فى شرح المهذب ، وكتب الكفر والسحر والفلسفة[١] .

وصح بيع الماء على الشط أى جانب النهر ، والتراب بالصحراء ، ولكن بشرط أن يحوز الماء فى قربة مثلاً ، ويكوم التراب كما قيد بذلك المحلى . فإذا باع قربة ماء مثلاً على شط البحر أو عربة رملى من الصحراء جاز ذلك على الأصح لظهور المنفعة فيهما ولا يقدح فى ذلك ما يقال من إمكان تحصيل مثلهما بلا تعب ولا مؤنة وبحث بعضهم تخصيص الخلاف بما إذا لم يتميز للبيع بوصف زائد كبرودة الماء ، ونعومة التراب وإلا فيصح بلا خلاف ، وهذا يفيد أنه لو برد الماء أو غربل التراب مثلاً صح بيعه مطلقاً.

الشرط الثالث : القدرة على تسليم المبيع : فلا يجوز بيع مالا يقدر على تسليمه كالطير فى الهواء ، والسمك فى الماء والجمل الشارد والفرس العاثر والمال المغصوب فى يد الغاصب لحديث أبى هريرة رضى الله عنه ان النبى ﷺ : « نهى عن بيع الغرر » وهذا غرر ، ولهذا قال ابن مسعود لا تشتروا السمك فى الماء فإنه غرر ، ولأن القصد بالبيع تمليك التصرف وذلك لا يمكن فيما لا يقدر على تسليمه[٢] نظراً الحيلولة المنفعة فيه ، نعم يصح بيع المغصوب لمن يقدر على انتزاعه بلا مؤنة . فمتى كان البائع قادراً على التسليم والمشترى على التسلم صح البيع جزماً وإن كان عاجزاً عنه وكان المشترى قادراً على التسلم صح على الصحيح نظر إلى وصول المشترى إلى المبيع والثانى : لا يصح نظراً إلى عجز البائع بنفسه . ويستثنى من عدم

---

(١) قليوبى وعميرة (ج٢ص١٥٨) ، حاشية البجيرمى (ج٢ص٢٢) .
(٢) المهذب ، لأبى إسحاق الشيرازى (ج١ص٢٦٢) .

صحة بيع الطير الطائر النحل الموثوقة أمه بأن تكون فى الكوارة[١] فيصح بيعه وفارق بقية الطيور بأنه لا يقصد بالجوارح وبأنه لا يأكل عادة إلا مما يرعاه[٢].

والعجز عن تسليم المبيع إما أن يكون حساً أو شرعاً ، ويتحقق العجز الحسى فى بيع مالا يقدر على تسليمه فعلاً كالمغصوب والضال ، وما لم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان المملوكة وغيرها من المعاوضات قبل القبض لما روي أن حكيم بن حزام قال : يا رسول الله إنى أبيع بيوعاً كثيرة فما يحل لى منها وما يحرم؟ قال : « لا تبع ما لم تقبضه » ، ولأن ملكه عليه غير مستقر، لأنه ربما هلك فانفسخ العقد وذلك غرر من غير حاجة . ويتحقق العجز عن التسليم شرعاً . فى بيع جزء معين من شىء نفيس ينقص قيمته أو قيمة الباقى بقطعه كجزء ثوب نفيس ينقص بقطعه وما ذكر للعجز عن التسليم شرعاً لأنه لا يمكن التسليم إلا بالقطع وفيه نقص وتضييع للمال. ويستثنى من ذلك إناء النقد فيصح بيع جزء معين منه لحرمة اقتنائه ووجوب كسره فالنقص الحاصل فيه موافق للمطلوب فيه فلا يضر[٣] . ويصح فى الثوب الذى لا ينقص بقطعه فى الأصح وذلك كغليظ الكرباس ، وهو الثوب المنسوج من القطن ففى حديث عمر وعليه قميص من كرابيس[٤] ومنه أيضاً الفل بفتح الفاءوهو نوع من القماش الغليظ والخيش . والثانى : قال قطعه لا يخلو عن تغيير لعين المبيع . قال الرافعى والقياس طرده فى السيف والإناء ،

(١) كوارة النحل بضم الكاف : عسلها فى الشمع . وقيل : بيتها إذا كان فيه العسل وقيل : هو الخيلة (المصباح ج٢ ص٦٥٩) .

(٢) النهاية (ص٢٣) .

(٣) حاشية البجيرمى (ج٢ص٢٤) .

(٤) النهاية فى غريب الحديث والأثر لابن الأثير (ج٤ص١٤) .

لكن اعترضه الأسنوى بأن الثوب ينسج ليقطع بخلاف الإناء والسيف. وهو اعتراض له وجاهته . ولا يصح بيع المرهون بغير إذن مرتهنه للعجز عن تسليمه شرعاً ، واختلف أصحابنا فى بيع النحل فى الكوارة أى الخلاية فجوزه أبو العباس لأنه يعرف مقداره حال دخوله وخروجه، وقال بعضهم : لا يجوز وهو قول أبو حامد الإسفراييني لأنه قد يكون فى الكوارة من لا يخرج ، وإن اجتمع فرخه فى موقع وشوهد جميعه جاز بيعه لأنه معلوم مقدور على تسليمه فجاز بيعه .

الشرط الرابع : أن تكون له على المبيع ولاية بملك أو كالة أو إذن من الشارع كولاية الأب والجد والقاضى والظافر بغير جنس حقه . والملتقط لما يخاف فساده والمراد : ولاية تامة ، ليخرج المبيع قبل قبضه ، فلا يصح عقد الفضولى لغيره وإن أجازه المالك لعدم ولايته على المعقود عليه ، والفضولى من ليس مالكاً ولا وكيلاً ولا ولياً . وفى القديم أن عقده موقوف على رضا المالك ، إن أجازه نفذ وإلا فلا ، والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد ، فلو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ ومحل الخلاف مالم يحضر المالك ، فلو باع مال غيره بحضرته وهو ساكت لم يصح قطعاً كما فى المجموع[١] . ويجرى القولان فيما لو اشترى لغيره بلا إذن بعين ماله أو فى ذمته ، وفيما لو زوج ابنة غيره أو طلق منكوحته و أجر عقاره بغير إذنه . واحتج لذلك بما روى شبيب بن غرقدة التابعى عن عروة البارقى حديث توكله فى شراء شاة، فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بدينار ، وأحضر الأخرى مع الدينار ، فدعا له النبى ﷺ والحديث رواه شبيب عن عروة فذكره . قيل لجهالة فيه لم يحتج به الشافعى فى هذا ، ولكنه احتج به فى أن من وكل فى شراء شاة بدينار ، له أن

---

(١) حاشية البجيرمى (ج٢ص٢٧) .

يشترى به شاتين ، لأن المرسل يحتج به إذا وافق القياس ، وبيع الفضولى مخالف للقياس . ولو باع مال مورثه ظاناً حياته ، وكان ميتاً صح فى الأظهر ، لصدوره من المالك . والثانى : لا يصح لظنه أنه ليس ملكه .

الشرط الخامس من شروط المبيع : العلم به عيناً وقدراً وصفة . حذراً من الغرر وهو منهى عنه ، وبيعه باطل ، لما روى مسلم أنه ﷺ : « نهى عن بيع الغرر » والغرر ما انطوت عناها عاقبته أو تردد بين أمرين اغلبهما أخو فهما . ومن ذلك ما إذا قال له : بعتك أحد الثوبين وإن تساوت قيمتهما للجهل بعين المبيع ، ولا يقال : أى غرر فى هذا عند استواء القيمة لأنا نقول : لابد للعقد من مورد يتأثر به على أنه لا يخلو من الغرر لتفاوت الأغراض فى مثل ذلك للمتعاقدين فلا يكفى أحدهما بل لابد من تعيين المعقود عليه[1] .

ويصح بيع صاع من صبرة وإن جهلت صيعانها ، فإن كانت معلومة القدر كعشرة صيعان مثلاً صح ذلك جزماً والمبيع عشرها فلو تلف بعضها تلف بقدره من كل المبيع . وقيل المبيع أى صاع كان فيبقى المبيع ما بقى صاع وإن كانت مجهولة يصح البيع فى الأصح المنصوص والمبيع أى صاع كان وللبائع تسليمه من أسفلها وإن لم يكن مرئياً لأن رؤية ظاهر الصبرة كرؤية كلها والثانى لا يصح كما لو فرق صيعانها وقال بعتك صاعاً منها لأنه ربما تتفاوت بالكيل فيختلف الغرض . فإن بقى منها صاع واحد دون غيره تعين وكذلك يصح بيع صبرة مجهولة الصيعان كل صاع بدرهم ولا يضر فى مجهولة الصيعان الجهل بجملة الثمن لأنه معلوم بالتفصيل وهذا يكفى لأن يدفع به الغرر .

---

(١) قليوبى وعميرة (ج٢ص١٦١) .

ولا يصح البيع بزنة هذه الحصاة ذهبا أو بملء ذا البيت براً ، للجهل بقدر الثمن فى كل ، لأن الثمن والمثمن إذا كانا فى الذمة فلابد من معرفة قدره بقينا أعنى كيلاً أو وزنا أو ذرعاً ، فلو كان الثمن معيناً كأن قال بملء ذا البيت من هذه الحنطة ـ صح لا مكان الأخذ قبل تلف البيت ذكره الرافعى فى جانب المبيع ، والثمن مثله بالأولى بدليل جواز الاستبدال فى الثمن دون المثمن ولو كانا يعلمان مقدار ما يحويه البيع صح . فإذا قال بعتك ملء ذا البيت من ذا البركان البيع صحيحاً . والفرق بين هذه الصورة والصورة المتقدمة الباطلة أن البائع هنا عين البر وهناك أبهمه لأنه يمكن أن يحيطا بجوانب البيت ويعرفا تخميناً يأخذ كذا ويملأ البيت من البر المعين حالاً قبل تلف البيت أما فى هذه الصورة فالمبيع معين والعين لا يشترط فيه معرفة القدر تحقيقاً بل يكفى فيه التخمين[1] .

ولو باع بنقد يتعامل به فى بلد المبيع ولو مغشوشاً أو عروضاً مثلية فهو المتعين ، ومتى تعدد من جنسين أو من جنس وغلب أحدهما تعين الغالب لظهور أن المتعاقدين أراداه ، وإن لم يغلب أحدهما اشترط التعيين لأحدهما فى العقد حتى يكون معلوماً لطرفى العقد . هذا إذا كان هناك تفاوت بينهما فإن استوت قيمتهما صح البيع بدون تعيين وهذا هو المعتمد . ويبدو واضحاً أن العقد يكون صحيحاً وإن لم يعلما بتساويهما فى القيمة . وإذا اختلفا فى الغلبة وغيرها قدم مدعى الصحة .

ولا يجوز بيع مجهول القدر ، فإن قال بعتك بعض هذه الصبرة لم يصح البيع لحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى ، : « نهى عن بيع

---

(١) حاشية البجيرمى (ج٢ص٣١) .

الغرر» وفى بيع البعض غرر لأنه يقع على القليل والكثير ، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بقدر المبيع كالسلم ، وإن قال بعتك هذه الصبرة جاز وإن لم يعرف مقدارها لأن غرر الجهالة ينتفى عنهما بالمشاهدة قال الشافعى: وأكره بيع الصبرة جزافاً لأنه يجهل قدرها على الحقيقة . وإن قال بعتك ثلثها أو ربعها أو بعتك إلا ثلثها أو ربعها جاز لأن من عرف الشىء عرف ثلثه وربعه وما يبقى بعدهما .

بيع الغائب :

والأظهر أنه لا يصح بيع الغائب ، وهو مالم يره المتعاقدان أو أحدهما خلافاً للأئمة الثلاثة ، وإن وصف بصفة السلم للغرر ، ولأن الخبر ليس كالعيان ، وهذا إذا كان يجهل جنس المعقود عليه أو نوعه ، فإن علم الجنس والنوع بأن قال : بعتك الثوب اليمنى الذى فى دارى ، أو بعتك الفرس الأدهم الذى فى اصطبلى ففيه قولان :

قال فى القديم : يصح ويثبت له الخيار إذا رآه لما روى ابن أبى مليكة أن عثمان رضى الله عنه ابتاع طلحة أرضاً بالمدينة نافلة بأرض له بالكوفة فقال عثمان : بعتك ما لم أره فقال طلحة : إنما النظر لى لأنى ابتعت مغيباً ، وأنت قد رأيت ما ابتعت فتحاكما إلى جبير بن مطعم فقضى على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة ، لأنه ابتاع مغيباً ، ولأنه عقد على عين فجاز مع الجهل بصفته كالنكاح .

وقال فى الجديد : لا يصح لحديث أبى هريرة أن رسول الله ﷺ : « نهى عن بيع الغرر » وفى هذا البيع غرر ، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم ، فإذا قلنا بقوله القديم فهل تغتفر صحة البيع إلى ذكر الصفات أو لا . فيه ثلاثة أوجه :

أحدهما : أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه .

والثاني : لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة .

والثالث : أنه لا يفتقر إلى ذكر شيء من الصفات وهو المنصوص عليه، لأن الاعتماد على الرؤية ، ويثبت له الخيار إذا رآه ، فلا يحتاج إلى ذكر الصفات ، فإن وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار ، وإن وجده على ما وصف أو أعلى ففيه وجهان : أحدهما : لا خيار له لأنه وجده على ما وصف فلم يكن له خيار كالمسلم فيه .

والثاني : له الخيار لأنه يعرف ببيع خيار الرؤية فلا يجوز أن يخلو من الخيار ، وإذا ثبت له الخيار فهل هو على الفور؟ قال أبو هريرة : هو على الفور لأنه خيار تعلق بالرؤية . فكان على الفور كخيار الرد بالعيب . وقال أبو إسحاق: يتقدر الخيار بالمجلس لأن العقد إنما يتم بالرؤية فيصبر كأنه عقد عند الرؤية فيثبت له خيار كخيار المجلس ، فيمتد الخيار بامتداد المجلس وهو الأصح . ولا خيار للبائع ، وقيل له الخيار إن لم يكن قد رأى المبيع .

وإذا كنا قد اشترطنا في المعقود عليه أن يكون معلوماً عيناً وقدراً وصفة إلا أنه يمكن أن يكتفى عن ذلك بمشاهدة المعقود عليه ، فإذا كان معيناً كفت معاينته عن العلم بقدره وذلك اعتماداً على التخمين ، فلو قال بعتك هذه الحقيبة بهذه الصبرة والفرض أنها مجهولة المقدار صح البيع ، فإذا كانت الصبرة في موضع فيه ارتفاع وانخفاض وعلم المشتري أو البائع بذلك بطل البيع لمنعه من التخمين لأنه إذ ذاك يلتحق بغير المرئي فإن ظن استواء ما تحتها صح البيع وثبت له الخيار ، ولو كان تحتها حفرة فالبيع صحيح وما فيها للبائع . ولو باع الصبرة إلا صاعاً فإن كانت معلومة الصيعان صح البيع وإلا فلا ، فإن قيل كيف تحكم بالبطلان وقد سبق أن جوزت بيع الصبرة

المجهولة المقدار جزافاً وبطريق التخمين؟ قلنا بأن التخمين مع الاستثناء لا يوثق به[١] .

ويُستفاد من ثبوت الخيار للمتعاقدين أن شراء الأعمى لا يصح حيث جوزنا بيع الغائب بالوصف ، لتعذر ثبوت الخيار له ، لأنه لا يمكن أن تتاتى منه الرؤية المترتب الخيار عليها ، وقيل يصح ويقام وصف غيره له مقام رؤيته. أما فى السلم فإنه يصح سلمه إذا كان رأس مال السلم فى الذمة.إذ المعين لا يصح منه كالبيع به . والفرق بين السلم وبين غيره أن السلم يعتمد على الوصف أما البيع والإجارة والرهن فتعتمد على الرؤية وسبيله أن يوكل فيها . وقيل : إن عمى قبل تمييزه بين الأشياء أو خلق أعمى فلا يصح سلمه لانتفاء معرفته بالأشياء ، ولكن يرد على ذلك بانه يمكن له أن يعرفها بالسماع ويتخيل فرقاً بينها .

وقت الرؤية :

وتكفى الروية قبل العقد فيما لا يتغير غالباً إلى وقت العقد لأن العلم بالمعقود عليه يتحقق، فإذا كان مما يغلب عدم تغيره كأرض وإناء وحديد أو كان يحتمل التغير وعدمه كحيوان صح البيع نظراً للغالب فى الأول، والأصل بقاء المرئى بحاله فى الثانية ، فإن وجده المشترى متغيراً عما رآه عليه تخير ، فلوْ اخْتلفا فى تغيره فالقول قول المشترى بيمينه لأن البائع يدعى عليه أنه رآه بهذه الصفة الموجوده الآن ورضى به، والأصل عدم ذلك بخلاف ما يغلب تغيره كالأطعمة التى يسرع فسادها فإن رآها من يوم مثلاِ فلا تكفى رؤيتها قبل العقد إذ مضت عليها مدة يغلب فيها الفساد وإن لم تتغير بالفعل نظرا للغالب.

---

(١) راجع قليوبى وعميرة (ج٢ص١٦٤) . والمهذب لأبى إسحاق الشيرازى (ج١ص٢٦٣ ، ٢٦٤).

رؤية البعض ورؤية الكل :

وإذا كانت رؤية بعض المعقود عليه تدل على باقيه كفت رؤية ذلك البعض عن الكل وذلك فى الأشياء التى لا تختلف أجزاؤها ، مثل الحنطة والشعير والجوز واللوز ولا خيار له إذا رأى الباطن إلا إذا خالف الظاهر وقد سئل الشهاب عن بيع السكر فى قدوره هل يصح ، وتكفى رؤية أعلاه من رؤس القدور؟ فأجاب بأنه إن كان بقاؤه فى القدور من مصالحه صح ، ولعل وجه ذلك أن رؤية إعلاه[1] لا تدل على باقيه ، لكنه اكتفى به إذا كان بقاؤه فى القدور من مصالحه للضرورة ومثل ذلك المائعات فى ظروفها كالسمن ولو جامداً والزيت والعسل الأسود أو من النحل وخلا عن الشمع وكذلك القطن فى عدله أو فى جوزه بعد تفتحه ، فهذه كلها تكفى رؤية بعضها وإن لم ير الكل بخلاف الأشياء التى تختلف وحداتها اختلافاً بينها كالبطيخ والرمان والخوخ والعنب فإن الاكتفاء برؤية الظاهر غير صحيح فلابد فيها من رؤية كل واحد منها على حدة ، فإذا لم ير أحد جانبى البطيخه فالبيع باطل لأنه كبيع الغائب .

ومما تكفى فيه رؤية بعضه ما كان أنموذجاً لمتساوى الأجزاء كالحبوب ، والأنموذج هو المسمى عند الفقهاء بالعينة بأن يأخذ البائع قدراً من البر ويريه للمشترى ،وهذه العينة لابد من إدخالها فى البيع بحيث تشمل صيغة البيع الجميع وإن لم يخلطه بالباقى فيقول : بعتك البر الذى عندى مع الأنموذج فلو أعطى له الأنموذج من غير بيع وباعه ما عنده لم يصح ، لأنه صدق عليه أنه لم ير من المبيع شيئاً ، وكذلك لا يصح إذا عقد عليه مستقلا وعلى ما

---

(١) حاشية البجيرمى (ج٢ص٣٢) .

عنده عقداً مستقلاً .

وكذلك إذا لم يدل البعض على باقيه بل كان صواناً للباقى كقشر الرمان وقشر القصب الأعلى الذى لا يمص معه وجوز القطن بعد تفتحه لأنه قبله لم يبد صلاحه فلا يكفى رؤية قشره ومثل ذلك البيض والقشرة السفلى للجوز واللوز ، ففى هذه الأمثلة تكفى رؤية القشر المذكور ، لأن صلاح باطنه فى بقائه فيه وإن لم يدل هو عليه .

وتعتبر رؤية كل شىء على ما يليق به فيعتبر فى الدار رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران والمستحم والبالوعة وفى البستان رؤية الأشجار والجدران ومسايل الماء وفى الدابة رؤية مقدمها ومؤخرها وقوائمها وظهرها . وفى الثوب الديباج المنقوش رؤية وجهه . وقيل رؤيتهما وفى الكتب الورق والبياض[1] .

وجاء فى المهذب : إذا رأى بعض المبيع دون بعض ، نظرت فإن كان مما لا يختلف أجزاؤه كالصبرة من الطعام . والجرة من الدبس[2] جاز بيعه ، لأن برؤية البعض يزول غرر الجهالة لأن الظاهر أن الباطن كالظاهر وإن كان مما يختلف نظرت فإن كان مما يشق رؤية باقيه كالجوز فى القشر الأسفل جاز بيعه ، لأن رؤية الباطن تشق فسقط اعتبارها كرؤية أساس الحيطان وإن لم تشق رؤية الباقى كالثوب المطوى ففيه طريقان : من أصحابنا من قال فيه قولان كبيع مالم ير شيئاً ومنهم من قال يبطل البيع قولاً واحداً لأن ما رآه

---

(١) راجع قليوبى وعميرة (ج٢ص١٦٦).

(٢) الدبس بالكسر عصارة الرطب (المصباح المنير ج١ ص٢٢٥) .

لا خيار فيه ومالم يره فيه الخيار وذلك لا يجوز فى عين واحدة[1] .

النهى الذى يفسد البيع

والنهى قد لا يقتضى البطلان ، وقد يقتضيه وهو المراد هنا ، ويتحقق ذلك إذا كان التحريم راجعاً إلى ذات العقد ، بفقد ركن من أركانه أو إذا رجع إلى أمر خارج ولكنه لازم من لوازمه كفقد شرط من شروطه .

وقد جاء فى البخارى من رواية ابن عمرو أن النبى ﷺ : « نهى عن عسب الفحل » بفتح العين وسكون السين المهملتين ، وهو ضرابه أى طروقه للأنثى ، يقال ضرب الفحل الناقة ضراباً نزا عليها ، ويقال ماؤه ، ويقال أجرة ضرابه ، وعلى الأولين يقدر فى الحديث مضاف ليصح النهى فيكون التقدير نهى عن بدل عسب الفحل من أجرة ضرابه أو ثمن مائه أى بذل ذلك وأخذه ، لأنه كبيرة لا يقل إثمها عن أكل أموال الناس بالباطل .

وقد ورد التصريح بالنهى عن ثمنه فى رواية الشافعى فى المختصر ، لأن الأحكام الشرعية إنما تتعلق بأفعال المكلفين والضراب فعل غير المكلف والماء عين لا يتعلق بها حكم[2] .

فتحرم أجرته للضراب وثمن مائه عملاً بالأصل فى النهى من التحريم . والمعنى فيه أن ماء الفحل ليس بمقوم ولا معلوم ، ولا مقدور على تسليمه لتعلقه باختياره وهو غير مقدور عليه للمالك . وما قيل من صحة استئجاره للإنزاء محمول على ما إذا استأجره مدة لما يشاء ، فله حينئذ إنزاؤه ، وهذه الطريقة واجبة على مالكه حيث اضطر إليه أهل ناحية وعليها حمل قول

---

(١) المهذب لأبى إسحاق الشيرازى (ج١ص٢٦٤) .

(٢) راجع قليوبى وعميرة وحاشية البجيرمى على المنهج .

بعضهم إن منعه كبيرة . فإن قلت : لايلزم المالك أن يبذل ما له مجاناً وقد منعتم البيع والإجارة .

قلت : وطريق ذلك أن يؤجر له الفحل زمناً معيناً لينتفع به ما شاء وهذا بخلاف ما لو استأجره لعمل معين كالحرث فليس له الإنزاء . وإذا وقع الفحل فى حالة ضرابه أو إنزائه فمات أو انكسر ، ضمنه صاحب الأنثى إذا كان مستعيراً له لأنه تلف فى حال الاستعمال المأذون فيه بغيره لا به كوقوع البهيمة فى بيت الدقيق حالة طحنها . أما إذا كان مستأجراً له فلا ضمان[1] .

ومقابل الأصح جواز استئجاره للضراب كالاستئجار لتلقيح النخل .

وزد بأن الأجير قادر على التلقيح وليس فيه عين حتي لو شرطت عليه ذلك فسد العقد[2] .

والإعارة للضراب محبوبة أى مستحبة ، ومحل ذلك حيث لم يتعين وإلا وجبت . وكان الامتناع منها كبيرة حيث لا ضرر عليه فى ذلك . وفى تلك الحالة عليه أن يبذله مجاناً ويفرق بينه وبين إعارة المصحف حيث لا تجب مجاناً وإن تعين لقراءة الفاتحة ، بأن لم يكن فى البلد غيره ، بأن المصحف له بدل بأن يلقنه غيباً بخلاف هنا الذى نحن فيه . ويجوز أن يعطى صاحب الأنثى صاحب الفحل شيئاً هدية . ويصح وقفه للضراب ، وإذا أتلف شيئاً فلا يضمنه الواقف بل يكون الضمان فى متلفاته على من هو تحت يده ولو جنى شخص على الفحل الموقوف أخذت منه القيمة واشترى بها

(١) حاشية البجيرمى على المنهج (ج٢ص٦٠ ـ ٦١) .

(٢) قليوبى وعميرة (ج٢ص١٧٥) .

غيره ووقف مكانه[١] .

حبل الحبلة :

ومما نهى عنه حبل الحبلة بفتح المهملة والموحدة وهـذا النهى رواه الشيخان عن ابن عمر بلفظ « نهى عن بيع حبل الحبلة »[٢] ، وهو بيع النتاج أو بيع شيء بثمن إلى نتاج النتاج أى إلى أن تلد هذه الدابة ويلد ولدها فالبيع باطل لأنه معلق به ، ولا يقال حبل لغير الآدمى إلا مجازا.

لأن الحبل مختص بالآدميات وأطلق هنا على مطلق حمل سواء كان فى الآدميات أو فى غيرها .

وبطلان البيع المستفاد من النهى على التفسير الأول : لأنه بيع ما ليس بمملوك ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه. وعلى الثاني: لأنه إلى أجل مجهول.

والبيع إلى نتاج النتاج هو المسمى فى الريف بالمقاومة وهو بيع الدواب ويؤجل الثمن إلى أن يأخذه من أولاد الدابة ، ولا إثم فيه على فاعله ، لأنه مما يخفى فيعذر فيه .

وصورته أن يقول : بعتك ولد ما تلده هذه الناقة وهو بيع حبل الحبلة حقيقة ، أو أن يبيع شيئاً بثمن إليه وهو بيع حبل الحبلة على التسامح ، هذا هو تفسير ابن عمر وبه أخذ الإمام الشافعى[٣] .

---

(١) الشبراملسى (ج٢ص٦١) .

(٢) الحديث متفق عليه وجعله بعضهم من قول نافع وهو فى المدرج للخطيب ، ووهم ابن الجوزى فى جامع المسانيد فزعم أنه من إفراد مسلم (التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير لابن حجر ج٣ ص١١.

(٣) قليوبى وعميرة (ج٢ص١٧٥) .

ومما نهى عنه بيع الملاقيح والمضامين :

والملاقيح جمع ملقوحة وهى لغة جنين الناقة خاصة . وشرعاً أعم من ذلك وهى ما فى البطون من الأجنة وذلك شامل للذكر والأنثى ، ويرد على ذلك أن التعريف اللغوى أخص من التعريف الشرعى مع أن المشهور العكس إلا أن يقال هذا المشهور أغلبى وإلا فقد يكونا متساويين وقد يكون اللغوى أخص كما هنا .

والمضامين جمع مضمون كمنصور أو مضمان كمفتاح وهى ما فى أصلاب الفحول من الماء . قال الأزهرى : سميت بذلك لأن الله تعالى أودعها ظهورها فكأنها ضمنتها .

وقد روى النهى عن بيعهما مالك مرسلاً ، والبزار مسنداً وعدم صحة بيعهما من حيث المعنى لما روى من حديث أبى هريرة : « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الملاقيح والمضامين »[1] .

النهى عن بيع الملامسة والمنابذة :

وهو أن يلمس بضم الميم وكسرها ثوباً مطوياً أو فى ظلمة ثم يشتريه على أن لا خيار له إذا رآه ، اكتفاء بلمسه عن رؤيته أو يقول : إذا لمسته فقد بعتكه اكتفاء بلمسه عن الصيغة أو يبيعه شيئاً على أنه متى لمسه لزم البيع وانقطع خيار المجلس وغيره . وقد روى الشيخان عن أبى سعيد هذا الحديث بلفظ : « نهى عن المنابذة والملامسة فى البيع »[2] .

---

(١) الحديث رواه ابن عباس فى الكبير للطبرانى والبزار ، وعن ابن عمر أخرجه عبد الرزاق وإسناده قوى . التلخيص الحبير ج٣ ص١٢.

(٢) والملامسة : لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلّبه . والمنابذة : أن ينبذ الرجل إلي الرجل بثوبه ، وينبذ الآخر بثوبه ، ويكون ذلك بيعهما من غير نزاض ، متفق عليه (نيل الأوطار ج٥ ص١٧٠).

وقد علل الإمام بطلانه بالتعليق والعدول عن الصيغة الشرعية . وبينه الأسنوى بأنه إن جعل اللمس شرطاً فبطلانه للتعليق ، وإن جعل ذلك بيعاً فلفقد الصيغة . وأما قوله إذا لمسته فقد بعتكه فيقبل الآخر ، فهو وإن وجد الإيجاب والقبول ، لكنه مع الشرط الفاسد وهو اللمس .

والمنابذة بأن يجعلا النبذ بيعاً اكتفاء به عن الصيغة فيقول أحدهما ابنذ إليك ثوبى بعشرة فيأخذه الآخر أو يقول بعتك هذا بكذا على أنى إذا نبذته إليك لزم البيع وانقطع الخيار ، والبطلان لعدم الرؤية أو عدم الصيغة أو للشرط الفاسد .

النهى عن بيع الحصاة :

رواه مسلم عن أبى هريرة أنه ﷺ : « نهى عن بيع الحصاة » يعنى : إذا قذف الحصاة فقد وجب البيع[1] ، بأن يقول بعتك من هذه الأثواب ما تقع عليه هذه الحصاة أو يجعلا الرمى لها بيعاً اكتفاء به عن الصيغة فيقول أحدهما إذا رميت هذه الحصاة فهذا الثوب مبيع منك بعشرة أو يقول بعتك ولك الخيار إلى رميها ، والبطلان فى ذلك للجهل بالمبيع أو زمن الخيار أو لعدم الصيغة . ويرد على الأخير أن قوله فى الملامسة فقد بعتكه صيغة ، فكان الوجه أن يقال إن البطلان فى هذه للتعليق لا لعدم الصيغة . وأجاب الشيخ عميرة بأنه يعلم من هذا الكلام أن قوله فقد بعتكه إخبار لا إنشاء أو أنه جعل الصيغة مفقودة لانتفاء شرطها وهو عدم التعليق[2] .

---

(١) التلخيص الحبير (ج٣ص١٢)

(٢) راجع الشبراملسى على المنهج (ج٢ص٦٣) .

ولا يصح بيع العَرْبون :

ويقال العَرْبان وهو أن يشترى سلعة ويعطيه نقداً ليكون من الثمن إن رضيها وإلا فهبة ، روى أبو داود وغيره عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه ﷺ : « نهى عن بيع العربان »[1] . وعدم صحته لاشتماله على شرط الرد والهبة إن لم يرض السلعة وعبارة الشبراملسى لاشتماله على شرطين مفسدين ، شرط الهبة وشرط رد المبيع بتقدير أن لا يرضى .

ويحرم التفريق بين الأم والولد الصغير لقوله ، : « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة »[2] حسنه الترمذى وصححه الحاكم على شرط مسلم وسواء التفريق بالبيع او الهبة او القسمة ونحوها، فإذا فرق ببيع أو هبة بطلا فى الأظهر للعجز عن التسليم شرعاً بالمنع من التفريق، والثانى يقول المنع من التفريق لما فيه من الإضرار لا لخلل فى البيع .

والمراد بالتفريق فى الحديث التفريق بين الأم وولدها أما التفريق بين البهيمة وولدها فقد قال الأسنوى فيه تفصيل : وهو لا يحرم إن كان بالذبح لهما أو لأحدهما والمذبوح الولد أو الأم مع استغنائه عنها ، ويكره حينئذ ، ويحرم التصرف فيما عدا ذلك ، ولا يصح التصرف فى حالة الحرمة بنحو بيع فلو باع أحدهما لمن يغلب على ظنه أنه يذبحه لم يصح فقد لا يذبح وشرط الذبح عليه غير صحيح . والمعتمد أنه لا يصح البيع مطلقاً ذبح المشترى أم لا ولو علم أنه يذبح ، لخبر أنه ﷺ قال : ملعون من فرق بين والدة وولدها ،

---

(١) رواه مالك وأبو داود وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وفيه راو لم يسم وسمى فى رواية لابن ماجه ضعيفه ـ التلخيص الحبير ج٣ ص١٧ .

(٢) الحديث نص فى تحريم التفريق بين الوالدة وولدها وقيس عليه سائر الأرحام المحارم بجامع الرحامة (سبل السلام للصنعانى ج٣ ص٢٤) .

وعلى ذلك فهو من الكبائر لورود الوعيد الشديد فيه .

والمعتمد أنه من الصغائر خلافاً لابن حجر حيث قال إنه من الكبائر كما قرره الشيخ عبده[1] .

النهى عن بيعتين فى بيعة :

رواه الترمذى وغيره عن أبى هريرة وقال حسن صحيح[2] بأن يقول بعتك هذا العقار بألف نقداً أو بألفين إلى سنة فخذ بأيهما شئت أو شئت أنا أو يقول : بعتك هذا الحصان على أن تبيعنى دارك بألف أو تشترى منى دارى بكذا والبطلان للجهل بالعوض فى الأول وللشرط الفاسد فى الثانى[3] وفى تسمية هذا بيعتين فى الصورة الأولى تسامح لأنها بيعة واحدة وإنما سماها بيعتين باعتبار الترديد فى الثمن بين الألف حالاً والألفين مؤجلاً وهذا بخلاف ما لو قال وبألفين بالواو فيصح ويكون بعض الثمن حالاً وهو ألف وبعضه مؤجلاً وهو ألفان ومحل ذلك إذا حذف قوله فخذ بأيهما شئت وإلا لم يصح[4].

وقد نهى ﷺ : « عن بيع وشرط »[5] رواه عبد الحق فى الأحكام عن

---

(١) الشبراملسى على المنهج (ج٢ص٦٥) .

(٢) حديث أنه ﷺ : نهى عن بيعتين فى بيعة رواه الشافعى وأحمد والترمذى والنسائى ـ التلخيص الحبير ج٣ ص١٢.

(٣) قليوبى وعميرة (ج٢ص١٧٧) .

(٤) حاشية الشبراملسى (ج٢ص٦٦) .

(٥) ورواه أصحاب السنن إلا ابن ماجه ، وابن حبان ، والحاكم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ : « لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع » التلخيص الحبير ج٣ ص١٢.

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وروى أبو داود وغيره بهذا الطريق : « لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع » وفى رواية[١] وفى رواية « لا بيع وشرط» كبعتك سيارتى بألف على أن تبيعنى دارك بكذا أو بشرط أن تقرضنى مائة والمعنى فى ذلك أنه جعل الألف ورفق العقد الثانى أى انتفاعه به ثمناً ، واشتراط العقد الثانى فاسد فبطل بعض الثمن وليس له قيمة معلومة حتى يفرض التوزيع عليه وعلى الباقى فبطل البيع[٢].

والحاصل من كلامهم أن كل شرط مناف لمقتضى العقد إنما يبطله إذا وقع فى صلبه أو بعده وقبل لزوم العقد ، بخلاف ما لو تقدم عليه ولو فى مجلسه ، فإن بايعه السيارة ويشترى منه الدار فإن بيع السيارة باطل وأما بيع الدار ، فإن تبايعاها معتقدين صحة العقد الأول بطل ، وإن اعتقدا فساده صح لأنه حينئذ ليس مبنياً على الأول[٣].

ولو اشترى زرعاً بشرط أن يحصده البائع (بضم الصاد وكسرها) أو ثوباً ويخيطه البائع أو بشرط أن يخيطه فالأصح بطلانه لاشتماله على شرط عمل فيما لم يملكه بعد ، وذلك فاسد قال الأسنوى لأنه شرط يخالف مقتضى العقد[٤] . وينبغى أن يكون مثله إذا شرط البائع ذلك والمشترى يوافقه ، لأن فى ذلك معنى شرطه ، وإنما لم يحمل كلام المصنف على الثانى الغنى عن التأويل ، لأن المذكور فى كلامهم الأول ، لكن المناسب لقول المتن عن بيع بشرط بقاء المتن بحاله ، إلا أن يراد بالبيع الأول ما يشمل الشراء وهذا كله فيما إذا جعل الحصاد أو الخياطة على البائع أو أجنبى ، فإن جعل

(١) رواه الخمسة وصححه الترمذى وابن خزيمة والحاكم (سبل السلام ج٣ص١٦) .

(٢) قليوبى وعميرة (ج٢ص١٧٧) .

(٣) حاشية الشبراملسى (ج٢ص٦٦) .

(٤) قليوبى وعميرة (ج٢ ص١٧٧) .

على المشترى فإنه يصح . وقوله بشرط أن يحصده البائع أو أجنبى أو قال وتحصده بخلاف ما إذا قال : واحصده بصيغة الأمر ، فإنه لا يكون شرطاً لأن صيغة الأمر شىء مبتدأ غير مقيد لما قبله فلم تكن فى معنى الشرط أما صيغة الخبر فإنها مقيدة لما قبلها فكانت بمعنى الشرط ومن هذا القبيل اشتريت منك هذا الحطب بشرط أن تحمله إلى البيت سواء كان البيت معروفاً أم ولا وكذا لو شرط عليه حمل البطيخة المشتراة ونحو ذلك (١) .

والثانى : يصح ، ويلزم الشرط وهو فى المعنى بيع وإجارة بوزع المسمى عليهما باعتبار القيمة ورد بأنه ليس فيه ذكر مدة ولا عمل معلوم.

والثالث : يبطل الشرط ويصح البيع بما يقابل المبيع من المسمى وهذا حاصل الطرق الثلاثة فى المسألة ، أصحها بطلان البيع والشرط والثانية فيهما القولان فى الجمع بين بيع وإجارة والثالثة يبطل الشرط وفى البيع قولا تفريق الصفقة . وقوله الطرق الثلاثة فيه اعتراض على المصنف حيث لم يعبر بالمذهب ، ومثل هذا الاعتراض وجهه الأسنوى على تعبير المصنف بالأصح إلا أن اعتراض الأسنوى من وجهين : الأول أن المسألة : ذات طرق ، والثانى : أن التعبير بالأصح يقتضى قوة الخلاف مع أنه ضعيف لأن الراجح طريق القطع .

والذى عليه أكثر الفقهاء أن كل شرط ليس فى كتاب الله ولا مأثوراً عن نبيه ولا مستخرجاً ومستنبطاً من القرآن أو السنة الصحيحة من وجه واضح فهو باطل وإن كان مائة شرط ، فعن عائشة قالت قام النبى ﷺ من العشى فأثنى على الله بما هو أهله ثم قال : « ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست

---

(١) حاشية البجيرمى .

فى كتاب الله ؟ من اشترط شرطاً ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإن اشترط مائة شرط ، شرط الله أحق وأوثق ، رواه البخارى ومسلم[١] .

ويستثنى من النهى عن بيع وشرط صور منها :

١ ـ البيع بشرط الخيار أو البراءة من العيب أو بشرط قطع الثمر .

٢ ـ البيع بشرط الأجل والرهن والكفيل المعينات بثمن فى الذمة .

والدليل على صحة البيع فى ذلك الحاجة إليها فى معاملة من لا يرضى إلا بها ، والضمير فى قوله للحاجة إليها ليس راجعاً إلى هذه المستثنيات فقط بل إنه يجوز عوده على ما قبلها أيضاً ، فيكون راجعاً للستة . وهذا هو الدليل الأول والدليل الثانى هو قوله : ﴿ يا أيها الذين أمنوا إذا تداينتم بدين إلي أجل مسمي فاكتبوه ﴾[٢] وإنما قدم الدليل العقلى على الآية لعمومه وخصوصها بالأجل ، والآية وإن كانت واردة فى السلم فالعبرة فيها بعموم لفظها .

ولا بد من كون الرهن غير المبيع فإن شرط رهنه بالثمن بطل البيع وإنما مثل بالثمن لأن التأجيل يغلب فى الأثمان دون المبيع والغالب فى المبيع أن يكون معيناً ، وذلك لاشتماله على شرط رهن مالم يملكه بعد الآن ، لأنه إنما يملكه بعد البيع والبيع لا يكون إلا بتمام الصيغة وعلى ذلك فلابد أن يكون الشرط من المبتدئ من المتبايعين حتى يبطل البيع فلو رهنه بعد قبضه بلا شرط مفسد صح والشرط المفسد هنا أن يكون فى صلب العقد قبل تمامه[٣] .

---

(١) القسم الثانى : المعاملات من كتاب الوحيين تأليف عبد العزيز بن راشد (ص٣) .

(٢) سورة البقرة الآية : ٢٨٢ .

(٣) حاشية الشبراملسى (ج٢ص٦٨) .

ولابد أن يكـــون المرهون معيناً بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم ولا ينافى ذلك ما مر فى بيع الغائب من أن الوصـــف لا يجزئ عن الرؤية لأنه فى معين لا موصوف فى الذمة ، وما هنا فـــى وصـــف لم يرد على عين معين(٢) .

وفى الكفيل بالمشاهدة أو بالاسم والنسب إذا كانا يعرفان المسمى المنسوب وإلا كان من قبيل الغائب . ولا يكفى الوصف كموسر ثقة ، وإنما اكتفى فى الكفيل بالمشاهدة لأدائها غالباً إلى معرفة حال الشخص صعوبة وسهولة وبحث الرافعى أن الاكتفاء به أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعرف حاله وسكت عليه النووى وأقره . وتقييد الثمن بكونه فى الذمة للاحتراز عن العين كما لو قال بعتك بهذه الدراهم على أن تسلمها لى فى وقت كذا أو ترهن بها كذا أو يضمنك بها فلان فإن الشرط باطل ذكره فى الروضة كأصلها فى الأجل لأنه رفق شرع لتحصيل الحق الذى فى الذمة والمعين حاصل ثم ذكر الرافعى فى التكلم على ألفاظ الوجيز الرهن والكفيل ويقال فى كل منهما إنه رفق مشرع لتحصيل الحق والمعين حاصل فشرط كل من الثلاثة معه فى غير ما شرع له .

ويشترط فى الأجل أن لا يبعد بقاء الدنيا إليه وإن بعد بقاء المتعاقدين أو أحدهما إليه لقيام وارثهما مقامهما ، فلا يصح التأجيل بألف سنة مثلاً للعلم حال العقد بسقوط بعضه وهو يؤدى إلى الجهل به المستلزم للجهل بالثمن لأن الأجل يقابله قسط من الثمن ومعلوم أن البيع يبطل بالأجل المجهول للعلة المذكورة .

---

(١) حاشية البجيرمى (ج٢ص٦٨) .

ويشترط إشهاد على العقد خوفاً من الجحود سواء كان العوض فى الذمة أو معيناً لقوله تعالى : ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾[١] ونزولها فى السلم كما قاله ابن عباس لا يمنع الاستدلال بها فى غيره لأن العبرة بعموم اللفظ ، فإن قلت أى عموم هنا قلت : الفعل كالنكرة . وهى فى حيز الشرط للعموم فكذا الفعل. أو لأن الضمير فى قوله وأشهدوا راجع للأشخاص والعموم فى الأشخاص يستلزم العموم فى الأحوال ، وصرف الأمر فى الآية عن الوجوب.. الإجماع وهو أمر إرشاد لا ثواب فيه إلا لمن قصد به الامتثال[٢] .

ولا يشترط تعيين الشهود فى الأصح إذ لا يتفاوت الغرض فيهم لأن الحق يثبت بأى عدول كانوا ، ولذلك لو عينهم لم يتعينوا ، ولا أثر لتفاوت الأغراض بتفاوتهم وجاهة ونحوها ، وهذا ربما يفيد جواز إبدالهم بدونهم وهو كذلك . والثانى يشترط تعينهم كالرهن والكفيل ، وفرق بتفاوت الأغراض فيهما بخلاف الشهود ، فإن الحق يثبت بأى عدول كانوا وقطع الإمام بالأول ورد الخلاف إلى أنه لوعينهم هل يتعينوا ؟ ، الأصح عدم تعينهم ، فإن لم يرهن المشترى أو لم يشهد كما فى أصل الروضة أو لم يتكفل المعين فللبائع الخيار لفوات ما شرطه ولو عين شاهدين فامتنعا من التحمل ثبت الخيار إن اشترط التعيين وإلا فلا ولو شرط مقتضى العقد كالقبض والرد بعيب أو ما لا غرض فيه كشرط أن لا يأكل إلا كذا صح العقد فيهما ولغا الشرط فى الثانى ، وأخذ من كلامه فى التتمة ونص فى الأم فساد العقد فى الثانى[٣] ذلك أن المشروط فى العقد إما لصحته كشرط قطع الثمر ، أو من مقتضياته

(١) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٢) المرجع السابق (ج٢ص٧٠) .

(٣) قليوبى وعميرة (ج٢ص١٨٠) .

وهو ما رتبه الشارع عليه كالقبض والرد بالعيب ، أو من مصالحه كالكتابة والخياطة ، أو مخالف لمقتضاه كعدم القبض فهذا الأخير مفسد للعقد دون ما قبله وهو معمول به فى الأول وتأكيد فى الثانى ومثبت للخيار فى الثالث .
ولو شرط وصفاً يقصد مثل أن تكون الدابة حاملاً أو لبونا صح الشرط مع العقد ، وله الخيار إن أخلف الشرط ، وفى قول يبطل العقد للجهل بالشرط ، ولو قال بعتك الدابة وحملها بطل البيع فى الأصح لجعله الحمل المجهول مبيعاً بخلاف بيعها بشرط كونها حاملاً ففيه جعل الحاملية وصفاً تابعاً .

والثانى : يقول : لو سكت عن الحمل دخل فى البيع فلا يضر التنصيص عليه كما لو قال : بعتك الجدار وراسه .

وأجيب بأن اسم الجدار شامل للراس بخلاف اسم الدابة لا يشمل الحمل، ولا يصح بيع الحمل وحده ، لأنه غير معلوم ولا مقدور على تسليمه. ولا الحامل دونه، لأنه لا يجوز إفراده بالعقد ، فلا يجوز استثناؤه كأعضاء الحيوان .

وقد يفرق بينهما بأن الحمل أيل إلى الانفصال ، فالأولى أن يقال هو استثناء مجهول من معلوم ، فيصير الكل مجهولاً .

النهى الذى لا يفسد البيع

والغرض من هذا المبحث هو بيان العقود التى نهى الشارع عنها وحرم تعاطيها ومع ذلك تصح سواء سبقتها تلك المنهيات أو قارنتها قال المصنف : ومن المنهى عنه مالا يبطل بالنهى عنه لمعنى اقترن به لا لذاته لو لازمه فقوله مالا يبطل بالنهى عنه أى نوع مغاير للأول والضمير فى يبطل عائد على البيع لدلالة السياق عليه .

والنهى فى هذه الأمور كما سبق أن ذكرنا لا يرجع إلى ذات العقد ولا إلى لازمه بل لأمر خارج عنهما كالتضييق والإيذاء وهنا لا يقتضى الفساد كبيع الحاضر للبادى ، بأن يقدم غريب بمتاع تعم الحاجة إليه ليبيعه بسعر يومه فيقول له بلدى أى رجل من أهل تلك البلد اتركه عندى لا بيعه لك على التدريج شيئاً فشيئاً باغلى فيوافقه على ذلك[1] فالمنهى عنه هو القول المذكور أما البيع بعد ذلك فجائز قال بعضهم لأنه تنته به الحرمة وقوله فيوافقه على ذلك ليس قيداً فى الحرمة فالقول حرام وإن لم يوافقه عليه بل وإن خالفه بعدم امتثاله بالبيع حالاً .

ويظهر أن بعض أهل البلد لو كان عنده متاع مخزون فأخرجه لبيعه حالاً فتعرض له من يبيعه له تدريجاً بأغلى حرم للعلة المذكورة ، ولكن اعتمد شيخنا عدم الحرمة لأن النفوس لها تشوف لما يقدم به بخلاف الحاضر .

قال ﷺ : « لا يبع حاضر لباد »[2] رواه الشيخان من رواية أبى هريرة وغيره زاد مسلم : « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » .

---

(١) شرح جلال الدين المحلى (ج٢ص١٨٢) .

(٢) وهو حديث جابر وحديث أبى هريرة مثله (متفق عليه) التلخيص ج٣ ص١٤.

والمعنى فى النهى عن ذلك ما يؤدى إليه من التضييق على الناس بأن يكون بالشرطين المشتمل عليهما التفسير .

أحدهما : أن يكون المتاع مما تعم الحاجة إليه كالأطعمة فما لا يحتاج إليه إلا نادرا لا يدخل فى النهى .

ثانيهما : قصد القادم البيع بسعر يومه فلو قصد البيع على التدريج فسأله البلدى تفويض ذلك إليه فلا بأس لأنه لم يضر بالناس ولا سبيل إلى منع المال منه[١] . وكذلك إذا انتفى عموم الحاجة إليه كان لم يحتج إليه إلا نادراً.

ومثل البيع الإجارة ، فلو اراد شخص أن يؤجر محلاً حالاً فأرشده شخص إلى تأخير الإجارة لوقت كذا كزمن النيل مثلاً حرم ذلك لما فيه من إيذاء المستأجر ولو استشاره البدوى فيما فيه حظه وجب عليه إرشاده لما فيه من النصيحة على أوجه الوجهين وقال الأذرعى إنه الأشبه وكلام المصنّف يميل إليه .

والوجه الثانى : لا . أى لايجب إرشاده توسيعاً على الناس ، ومعنى وجوب إرشاده أنه يسكت لا أنه يخبره بخلاف نصيحته وقال ابن الوكيل : لا يرشده توسيعاً على الناس وهو الظاهر[٢] وقال الجلال المحلى : ولو استشاره صاحب المتاع فى التأخير وجب عليه الإرشاد بالنصيحة ولو بما فيه التضييق تقديماً لها على المعتمد .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) حاشية البجيرمى (ج٢ ص ٧٨) .

والنهى للتحريم فيأثم بارتكابه العالم به ومثله الجاهل المقصر ولو فيما يخفى غالباً قال شيخنا وللحاكم أن يعزر فى ارتكاب مالا يخفى غالباً وإن ادعى جهله .

فالحرمة مقيدة بالعلم أو التقصير ، وأن التعزير مقيد بعدم الخفاء . وفى الروضة قال القفال : الإثم على البلدى دون البدوى ولا نظر لموافقته مراعاة لغرضه بوجود الربح فى ماله ولو تلقى الركبان وباعهم ما يقصدون شراءه من البلد ، فهل هو كالتلقى للشراء فيه وجهان : المعتمد منهما أنه كالتلقى ، والركبان جمع راكب ، والتعبير به جرى على الغالب : والمراد ، القادم ولو واحداً أو ماشياً .

السوم على سوم غيره :

قال ﷺ : « لا يسوم الرجل على سوم أخيه »[1] رواه الشيخان عن أبى هريرة ، وهو بمعنى النهى فيأثم مرتكبه العالم به ، والمعنى فيه الإيذاء وذكر الرجل والأخ ليس للتقييد بل الأول لأنه الغالب ، والثانى للرقة والعطف عليه وسرعة امتثاله فغيرهما مثلهما .

وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن ، وصورته أن يقول لمن أخذ شيئاً ليشتريه بكذا رده حتى أبيعك خيراً منه بهذا الثمن أو مثله بأقل . أو يقول لمالكه استرده لأشتريه منك بأكثر ، ومحل الحرمة إن كان السوم الأول جائزاً وإلا فلا يحرم السوم على سومه ويؤيده جواز الخطبة على الخطبة إذا كانت الأولى محرمة . ولابد من اتفاقهما عليه صريحاً مع المواعدة على إيقاع

---

(١) الحديث متفق عليه ومثله رواه الدارقطنى فى حديث بمعناه ، وفى الرسالة للشافعى لا أحفظه ثابتاً ، وتعقبه البيهقى بأنه روى من أوجه كثيرة فذكرها ـ التلخيص الحبير ج٣ ص١٤.

العقد فى وقت معين ، فلو اتفقا عليه ثم افترقا من غير مواعدة لم يحرم السوم كما نقله الإمام عن الأصحاب ، فإذا لم يكن صريحاً ومثله قوله حتى اشاور أو سكت فلا يحرم وقيل يحرم . ومثل القول أن يخرج له من جنس ما يريد شراءه وهو أرخص منه وكانت قرينة على إرادة الرد . والقول المذكور حرام وإن لم يوجد رد ولا بيع للإيذاء ، وصرح فى الزواجر وفيما بعده بأنه من الكبائر .

وخرج باستقرار الثمن ما يطاف به على من يزيد فى ثمنه والحال أنه يريد الشراء فلا يحرم ذلك وإلا حرمت الزيادة لأنها من النجش الآتى بل يحرم على من لم يرد الشراء أخذ المتاع الذى يطاف به لمجرد التفرج عليه لأن صاحبه إنما يأذن عادة فى تقليبه لمن يريد الشراء ويدخل فى ضمانه بمجرد ذلك حتى ولو تلف فى يد غيره كان طريقاً فى الضمان لأنه غاصب بوضع يده عليه فليتنبه له فإنه يقع كثيراً .

ويحرم البيع على بيع غيره قبل لزوم البيع بانقضاء خيار المجلس أو الشرط وكذا بعده فى زمن خيار عيب على المعتمد . بأن يأمر المشترى بالفسخ ليبيعه مثله بأقل من ثمنه ، والشراء على الشراء قبل لزومه بأن يأمر البائع بالفسخ ليشتريه بأكثر لخبر الصحيحين : « لا يبع بعضكم على بيع بعض » زاد النسائى حتى يبتاع أو يذر » (١) .

والمعنى فى تحريم ذلك الإيذاء للعالم بالنهى ، وفى ذلك إشارة إلى رد قول بعضهم لا يشترط ذلك هنا بخلاف البيع على البيع لأنه خديعة وتحريم

---

(١) الحديث متفق عليه وفى معناه حديث عقبة بن عامر « المؤمن أخو المؤمن فلا يحل لمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه حتى يذر ولا يخطب على خطبته » التلخيص الحبير ج٣ ص١٥.

الخديعة معلوم من العمومات ، وقال السبكى النزاع إنما هو فى نهى خاص أما العلم بالتحريم فلا بد منه فى التأثيم قطعاً أى عند الله سبحانه وتعالى وأما فى الحكم الظاهر للقضاة فما اشتهر تحريمه لا يحتاج فيه إلى الاعتراف بالعلم بخلاف الخفى .

ولو أذن البائع على بيعه ، ارتفع التحريم وكذا المشترى فى الشراء ، ومحله أن يأذن لا عن ضجر ونحوه وإلا فلا عبرة بإذنه . وقد ذكر الماوردى أنه يحرم طلب السلعة من المشترى مثلا بزيادة ربح والبائع حاضر ، وفى كلام الشافعى إذا اشترى رجل من رجل سلعة ولم يتفرقا ينهى أن يبتاع المشترى سلعة تشبه السلعة التى اشتراها لأنه ربما يحمله على رد الأولى .

النجش : وهو أن يزيد فى ثمن السلعة المعروضة للبيع لا لرغبة فى شرائها بل ليغر غيره فيشتريها وذلك منهى عنه ، روى الشيخان عن ابن عمر أنه ﷺ : « نهى عن النجش »[1] وهو لغة الإثارة لما فيه من إثارة الرغبة يقال نجش الأثر أثاره من مكانه، وقد ذكر الزيادة لأنه الغالب وإلا فلو دفع فيها ثمناً ابتداء لا لرغبة فيها فينبغى امتناعه . نعم ينبغى أن يستثنى ما يسمى فى العرف فتح الباب من عارف يرغب فى فتحه لأنه لمصلحة بيع السلعة لأن بيعها فى العادة يحتاج فيه إلى ذلك ، ومدح السلعة ليرغب فيها بالكذب كالنجش ، وقضيته أنه لو كان صادقاً فى الوصف لم يكن مثله وهو ظاهر لأن المدح بمجرده لا يحمل المالك على الامتناع من البيع بما دفع فيها أولاً بخلاف الزيادة لأن المالك إذا علم بها يمتنع فى العادة من البيع بما دفع أولاً[2] .

---

(١) الحديث متفق عليه ـ التلخيص الحبير ج٣ ص١٥.

(٢) حاشية البجيرمى (ج٢ص٨٦) .

والمعنى فى تحريمه الإيذاء ، وهو للعالم بالنهى عنه كما نقله البيهقى عن الشافعى وإن سكت عنه فى المختصر . والأصح أنه لاخيار للمشترى لتفريطه بعدم مراجعة أهل الخبرة وتأمله . وقيل له الخيار للتدليس كالتصرية ومحل الخلاف عند مواطأة البائع للناجش وإلا فلا خيار جزماً ، ويجرى الوجهان فيما لو قال البائع أعطيت فى هذه السلعة كذا فبان خلافه ، وكذا لو أخبر عارف بأن هذا عقيق أو فيروزج بمواطأة البائع فاشتراه فبان خلافه ويفارق التصرية بأنها تغرير فى ذات المبيع وهذا خارج عنه .

وصورة المسألة أن يقول : بعتك هذا مقتصراً عليه أما لو قال : بعتك هذا العقيق أو الفيروزج فبان خلافه لم يصح العقد لأنه حيث سمى جنساً فبان خلافه فسد بخلاف ما لو سمى نوعاً وتبين من غيره فإن البيع صحيح ويثبت الخيار .

وبيع الرطب والعنب لعاصر الخمر والنبيذ أى ما يؤول إليهما فإن توهم اتخاذه إياهما من المبيع فالبيع له مكروه أو تحقق فحرام أو مكروه قال فى الروضة الأصح التحريم والمراد بالتحقق الظن القوى وبالتوهم الحصول فى الوهم أى الذهن ، ويصح البيع على التقديرين وحرمته أو كراهته لأنه سبب لمعصية متحققه أو متوهمة .

وقد استدل البيهقى على حرمته بحديث : « لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وآكل ثمنها »[1] .

---

(١) الحديث رواه ابن عمر .. وفيه عبد الله الغافقى، وصححه ابن السكن ورواه ابن ماجه ورواته ثقات التلخيص الحبير (ج٣ ص٧٣).

ووجه الاستدلال أنه يدل على تحريم التسبب إلى الحرام ، ومنه بيع سلاح لمن يقطع الطريق ودابة لمن يحملها فوق طاقتها ، وللحاكم بيع هذين على مالكهما قهراً عليه ، وخشب لمتخذه آلة لهو ومنه النزول عن وظيفة لغير أهل إن علم أن الحاكم يقره فيها ، قال الرملى ومنه بيع الطعام للكافر فى نهار رمضان وكذا بيعه طعاماً علم أو ظن أنه يأكله نهاراً كما أفتى بذلك بعض الفقهاء.

حكم البيع

والبيع تعتريه الأحكام الخمسة :

فيكون واجباً فى حالة الاضطرار ، ويكون مندوباً فى زمن الغلاء ويكون مكروهاً فى بيع المصحف ودور مكة وفى سوق اختلط فيه الحرام بغيره وممن أكثر ماله حرام خلافاً للغزالى ، ويحرم بيع العنب لمن يتخذه خمراً والرطب لمن يتخذه نبيذاً ولو كان كافراً ، ويجوز فيما عدا ذلك .

ومما يجب بيع مازاد على قوته سنة إذا احتاج الناس إليه ويجبره الحاكم عليه ولا يكره إمساكه مع الحاجة ومما يحرم التسعير على الحاكم ولو فى غير المطعومات لخبر « لا تسعروا فإن الله هوالمسعر »[1] ولا يحرم البيع بخلافه لكن للحاكم أن يعزر من خالفه ، إذا بلغه لشق عصا الطاعة أى للإخلال بالنظام فهو من التعزير على الجائز وقيل يحرم ، فخرج بالشراء مالو أمسك غلة ضيعته ليبيعها فى زمن الغلاء

(١)الحديث رواه أحمد وأبو داود والترمذى وابن ماجه والدارمى والبزار وأبو يعلى من طريق حماد بن سلمة عن ثابت وغيره عن أنس وإسناده على شرط مسلم وقد صححه ابن حبان والترمذى - التلخيص الحبير ج٣ ص١٤ .

وبالقصد مالوا شترى لنفسه او مطلقاً ثم طرا له إمساكه لذلك . وخرج بزمن الغلاء زمن الرخص ومكان الغلاء كأن اشتراه من مصر لينقله إلى مكة ليبيعه بأغلى فلا حرمة فى شىء من ذلك . على المعتمد ، خلافاً لابن حجر فى بعض ذلك .

تفريق الصفقة

سمى بذلك لأن العرب كانوا يتصافقون عند العقد ، فالعلاقة بين المعقود عليه وبين هذه التسمية هى المجاورة ، والمراد بالتفريق أثره ومعنى التفريق اختلافها صحة بالنسبة لشىء وفساداً بالنسبة لآخر ابتداء اودواماً ، والتفريق فى اختلاف الأحكام معناه أن يكون لكل عقد من المختلفين حكم يخصه ، وإليه أشار المصنف بقوله إذا باع خمراً وخلا فى صفقة واحدة أو مشتركاً بغير إذن الشريك صح البيع فى ملكه من الخل وحصته من المشترك وبطل فى غيره فى الأظهر ، إعطاء لكل منهما حكمه . والثانى : يبطل فى الجميع تغليباً للحرام على الحلال قال الربيع وإليه رجع الشافعى أخراً قال ابن المنذر وهو مذهب الشافعى، وحينئذ فينظر لماذا خالف الأصحاب إمامهم فى هذه المسألة ، وقد يجاب بأن الربيع قال ذلك بحسب ما بلغه ، ولعل الأصحاب اطلعوا على خلافه ، أو أن عبارة الربيع أحد قولى الشافعى فتصحفت على الناقل بأخر قوليه فعبر بما قاله ، وقول ابن المنذر مبنى على صحة الرجوع وقد علمت بطلانه .

ولو أذن له الشريك فى البيع صح بيعه جزماً ، لأن الثمن فى مقابلتهما، ويقدر الخمر خلا ومحل التوزيع باعتبار القيمة حيث اختلفت قيمتهما بعد فرضهما خلين فإذا لم تختلف وزع على الأجزاء لأنهما مثليان ، لكن الأرجح

كما جزم به المقرى توزيع الثمن فى المثلى أى المتفق القيمة وفى العين المشتركة على الأجزاء وفى المتقومات على الرؤس باعتبار القيمة ، وإذا قدرنا الخمر خلا فهل المراد من أعلى الخل أو أدناه أو الغالب من جنسه ، الأقرب الأخير للعرف . وإنما كان الأصح تقدير الخمر بالخل دون العصير ، لأنه لا يمكن عوده عصيراً ويمكن عوده خلا فكان التقدير به أولى .

وإذا جهل كون بعض المبيع خمراً فيكون له الخيار بين الفسخ والإجازة لتبعيض الصفقة عليه ، وخياره على الفور كما قاله فى المطلب ، فإن علم ذلك فلا خيار له ، كما لو اشترى معيباً يعلم عيبه وفيما يلزمه الخلاف الآتى من الحصة أو جميع الثمن ، وقيل يلزمه الجميع قطعاً لأنه التزمه عالماً بأن بعض المذكور لا يقبل العقد . فإن أجاز البيع فبحصته من المسمى باعتبار قيمتهما ويقدر الخمر خلا وقيل عصيراً ، فإذا كانت قيمتهما ثلاثمائة والمسمى مائة وخمسين ، وقيمة الخل مائة فحصته من المسمى خمسون ، وفى قول بجميعه وكأنه بالإجازة رضى بجميع الثمن فى مقابلة ما فى المبيع من الخل ولا خيار للبائع وإن لم يجب له إلا الحصة إن كان المبيع مما يتقسط الثمن على أجزائه كالمشترك وجب القسط ، لتعديه حيث باع مالا يملكه وطمع فى ثمنه[1] .

وليس تفريق الصفقة خاصاً بالبيع بل إنه يأتى أيضاً فى الهبة والنكاح فإن زوج ابنته وبنت غيره بغير إذنه فيصح فى بنته فقط .

ولو جمع فى صفقة مختلفى الحكم كإجارة وبيع أو إجارة وسلم كقوله بعتك سيارتى وأجرتك دارى سنة بكذا ، وكقوله أجرتك دارى شهراً وبعتك

---

(١) قليوبى وعميرة (ج٢ص١٨٨) .

صاع قمح فى ذمتى سلماً بكذا صحا فى الأظهر ويوزع المسمى على قيمتهما أى قيمة المؤجر من حيث الأجرة وقيمة المبيع أو المسلم فيه . والثانى يبطلان لأنه قد يعرض لاختلاف حكمهما باختلاف أسباب الفسخ والانفساخ وغير ذلك ما يقتضى فسخ أحدهما فيحتاج إلى التوزيع ويلزم الجهل عند العقد بما يخص كلا منهما من العوض وذلك محذور وأجيب بأنه لا محذور فى ذلك ألا ترى أنه يجوز بيع ثوب وشقص من دار فى صفقة وإن اختلفا فى الشفعة واحتيج إلى التوزيع اللازم له ما ذكر .

فهذا عقد واحد فيه جهل بالتوزيع حالة وجوده ولم يبطل فأولى أن لا يضر ذلك فى العقدين ، وإنما قال وإن ختلفا حكمهما لأن متفقى الحكم يصح جمعهما جزماً .

ويلاحظ فى ذلك أنه واختلفا من حيث الموضوع إلا أنه يجب توافقهما من حيث الجواز واللزوم ، فإذا تعددت الصفقة بين عقدين لازمين كالبيع والإجارة أو بين عقدين جائزين كالشركة والقراض بأن خلط ألفين له بألف لغيره وشاركه على أحدهما وقارضه على الآخر فإنه يصح ذلك .

فإذا كان أحدهما لازماً لو الآخر جائزاً كبيع وجعالة فإنه لا يصح لأنه لا يمكن الجمع بينهما ، لأن العوض فى الجعالة لا يلزم تسليمه إلا بفراغ العمل وفى البيع المذكور يجب تسليمه فى المجلس وتنافى اللوازم يقتضى تنافى الملزومات ، وهذا يفيد أن اختلافهما فى اللزوم والجواز بمجرده ليس مقتضيا للبطلان . وبيان ذلك أن الإجارة تقتضى التأقيت والبيع والسلم يقتضيان عدمه والسلم يقتضى قبض رأس المال فى المجلس بخلاف غيره[1]

---

(١) حاشية البجيرمى (ج٢ص٩٥) .

وكما تتعدد الصفقة بالمبيع .تتعدد أيضاً بتفصيل الثمن كبعتك نا بكذا وذا بكذا فيقبل فيهما وله رد أحدهما بالعيب ، ويتعدد البائع نحو بعناك هذا بكذا فيقبل منهما وله رد نصيب أحدهما بالعيب ، وكذا يتعدد المشترى نحو بعتكما هذا بكذا فيقبلان فى الأظهر كالبائع . والثانى : لا . لأن المشترى بنى علىّ الإيجاب السابق فالنظر إلى من صدر منه الإيجاب ومجمل القول لن التعدد إنما يكون إذا فصل البادى من البائع والمشترى دون القابل ، فإذا فصل الموجب وأجمل القابل كان العقد متعدداً حملا للإجمال على التفصيل، ولو أجمل الموجب وفصل القابل لا يتعدد العقد حملاً للتفصيل على الإجمال وهذا هو المفهوم من كلام الأصحاب وجرى عليه شيخنا كابن حجر . ولا يضر كثرة التفصيل وإن طال بها الفصل بين الإيجاب والقبول لأن هذا الفصل يتعلق بشىء فى العقد وهو المعقود عليه .

ولو كان العاقد وكيلاً فى رهن وشفعة فالعبرة فى اتحاد الصفقة وتعددها بالوكيل لتعلق أحكام العقد به كرؤية المبيع وثبوت خيار المجلس وهذا على الأصح . والثانى : اعتبار الموكل لأن الملك له وصححه فى المحرر فى أكثر نسخه كما قاله فى الدقائق تبعاً لتصحيح الوجيز ونقل فى الشرحين تصحيح الأول عن الأكثرين .

ولو خرج ما اشتراه من وكيل عن اثنين أو من وكيلين عن واحد معيباً فعلى الأول له رد نصفه فى الصورة الثانية دون الأولى وعلى الثانى ينعكس الحكم . ولو خرج ما اشتراه وكيل عن اثنين أو وكيلان عن واحد معيباً فعلى الأول للموكل الواحد نصفه وليس لأحد الموكلين رد نصفه وعلى الثانى ينعكس الحكم .

حكم بيع الأدخنة :

وإذا كنا قد علمنا أن الشرط فى المبيع أن تكون له منفعة مقصودة شرعاً، فهل الدخان المعروف فيه منفعة فيصح بيعه أو لا منفعة فيه فيكون بيعه حراماً . لقد قيل : إنه يدخل ضمن الأشياء التى لا منفعة فيها وإذا فلا يصح بيعه بل يحرم استعماله لأن فيه ضرراً كبيراً وهذا ضعيف . وكذا القول بأنه مباح .

والمعتمد : أنه مكروه ، بل قد يعتريه الوجوب كما إذا كان من يتعاطاه يتيقن الضرر بتركه . وحينئذ فبيعه صحيح وقد تعتريه الحرمة كما إذا كان الذى يشتريه يحتاج ثمنه لنفقة عياله أو يتقين الضرر إذا تعاطاه[١] .

وقد جاء فى حاشية الرشيدى : والحق فى التعليل أنه منتفع به فى الوجه الذى يشترى له وهو شربه إذ هو من المباحات لعدم قيام دليل على حرمته فتعاطيه انتفاع به فى وجه مباح[٢] .

والصواب هو ما ذكره الشيخ الباجورى فى حاشيته لأن الله تعالى يقول: ﴿ ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين ﴾[٣] والإسراف وضع الشىء فى غير موضعه ، فمن احتاج إلى طعام فعدل عنه إلى شراء الدخان فلا شك أنه أثم بهذا العمل الضار فالنص يتناوله من هذه الناحية .

---

(١) راجع حاشية الباجوردى على ابن قاسم (ج١ص٣٤٢) .

(٢) حاشية السندى على المنهاج للرملى (ص١٧٧) .

(٣) من الآية ٣١ من سورةالأعراف.

حكم بيع آلات اللهو :

أما آلات اللهو فقد اختلف فيها العلماء هل يجوز بيعها أو لا يجوز . وذلك على رأيين :

الأول : قال : يصح بيعها وهو شاذ .

والرأى الثانى : وإن سلّم بأن منفعها محرمة إلا أنه نظر إلى شىء آخر علق عليه الحل والحرمة . وهو جسم الآلة نفسها فقال : إن كانت لا تعد بعد الرض أى الكسر مالا : لم يصح بيعها ، لأنه ليس فيها منفعة شرعاً .

أما إذا كان رضاضها أى حطامها يعد مالا ففى صحة بيعها وبيع الأصنام والصور المتخذة من الذهب والفضة وغيرها ثلاثة أوجه :

الأول : وهو أصحها البطلان وبه قطع كثيرون .

الثانى : الصحة .

الثالث : وهو اختيار القاضى حسين فى تعليقه والمتولى وإمام الحرمين والغزالى أنه إن اتخذ من جوهر نفيس صح بيعها وإن اتخذ من خشب ونحوه فلا . قال الرافعى . والمذهب البطلان مطلقاً ، وبه قطع عامة الأصحاب[١] .

---

(١) راجع المجموع شرح المهذب (ج٩ ص٢٧٨) .

الفصل الثانى

الربا

تعريفه وأقسامه

ومن البيوع المنهى عنها نهياً مغلظاً (الربا) :

ومعناه فى اللغة : الزيادة والنمو والارتفاع والعلو قال تعالى : ﴿ فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت ﴾[1] أى علت وارتفعت . وقال تعالى : ﴿ أن تكون أمة هي أربي من أمة ﴾[2] أى أكثر عدداً وأوفر مالاً . وشرعاً : عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل فى معيار الشرع حالة العقد أو مع تأخير فى البدلين أو أحدهما .

فقولنا « عقد » يتضمن الإيجاب والقبول ، فإذ لم يكن إيجاب ولا قبول فلا عقد كما لو باع بمعاطاة أى بتسليم وتسلم من غير صيغة ، وهو الواقع فى أيامنا لم يكن ربا ، وإن كان حراماً لكن أقل من حرمة الربا . وقولنا «عوض مخصوص » هو النقد والمطعوم فلا ربا فى غيرهما كنحاس وقماش . وقولنا « غير معلوم التماثل » يصدق بمعلوم التفاضل وبمجهول التماثل والتفاضل أى فى متحد الجنس وقولنا فى معيار الشرع » متعلق بالتماثل . ومعيار الشرع هو الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون والعد فى المعدود ، والذرع فى المذروع وقولنا « حالة العقد » قيد لابد منه دخل به مالو كان معلوم التماثل فى معيار الشرع لاحالة العقد بأن تبايعا جزافاً كصبرة قمح بصبرة قمح ثم خرجا سواء فإنه يصدق عليه أنه مجهول التماثل فى معيار الشرع حالة العقد وقولنا : « أو مع تأخير فى البدلين أو أحدهما » أى ومقابلة عوض بأخر مع تأخير فى العوضين أو أحدهما سواء كانا متحدى الجنس أو

---

(١) سورة النحل الآية : ٩٢ .

(٢) سورة الحج الآية : ٥.

مختلفيه . لكن مع الاتحاد فى علة الربا التى هى النقدية فى النقد والطعمية فى المطعوم . فيخرج بذلك ما لو باع برا بدراهم مع التأخير المذكور فليس ذلك ربا لاختلاف علة الربا . والمراد بالتأخير ما يشمل تأخير القبض أو الاستحقاق فيصدق بربا النساء .

والحاصل : أن الشق الأول من التعريف وهو قوله غير معلوم التماثل خاص بمتحد الجنس وأن الثانى أو مع تأخير فى البدلين أو أحدهما عام لمتحدى الجنس ومختلفيه سواء كان التأخير للقبض أو الاستحقاق وبذلك يعلم أن (أو) للتفريع وهى لا تمنع فى الرسوم أى التعريفات

وخلاصة القول : أن الربا فى اصطلاح الفقهاء هو زيادة أحد البدلين المتجانسين من غير أن يقابل هذه الزيادة عوض . وليس كل زيادة ربا من حيث هى ، فإن الزيادة تحصل فى التجارة ولا ربا فيها وإنما الزيادة التى اصطلح عليها بهذا الاسم « الربا » وجاء القرآن بتحريمها هى تلك الزيادة التى تؤخذ فى نظير الأجل قال قتادة : « إن ربا أهل الجاهلية يبيع الرجل البيع إلى أجل مسمى فإذا حل الأجل ولم يكن عند صاحبه قضاء زاده وأخر عنه » وقال مجاهد فى الربا الذى نهى الله عنه « كانوا فى الجاهلية يكون للرجل على الرجل الدين فيقول : لك كذا وكذا وتؤخر عنى ، فيؤخر عنه » .

الربا أقسامه ثلاثة :

(١) **ربا الفضل** : وهو زيادة أحد العوضين على الآخر عند تبادل شيء مماثل يدا بيد . وقد حرم الإسلام هذا النوع من التعامل مخافة أن يفضى بالناس فى النهاية إلى الربا الحقيقى وهو ربا النساء . الذى كان شائعاً فى المجتمع العربى . وفى هذا المعنى يقول رسول الله ﷺ : « لا تبيعوا

الدرهم بدرهمين فإنى أخاف عليكم الرما ، والرما معناه الربا[١] .

ولما كان هذا النوع قد يجر إلى الربا اقتضت حكمة الشارع تحريمه لأنه قد يفضى بهم إلى الحرام ، ومن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه كما قال رسول الله ﷺ .

ويدخل فى هذا النوع ربا القرض . وهو أن يقرض إنسان لآخر مبلغاً من المال ويشترط عليه أن يؤدى له منفعة . كأن يزوجه ابنته أو يشترى منه سلعة أو يزيده عن أصل الدين . وقد قال رسول الله ﷺ : « كل دين جر نفعاً فهو حرام » .

حكم ربا الفضل :

لا خلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة فى تحريم ربا الفضل ويقال : إن بعض الصحابة أجازوه ومنهم عبد الله بن عباس رضى الله عنهما . لكن نقل أنه رجع عن رأيه أخيراً وقال بحرمته .

والدليل على تحريمه قوله عليه الصلاة والسلام: « لا تبيعوا الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطى فيه سواء »[٢] .

ومعنى هذا الحديث أنه إذا احتاج الناس إلى تبادل أشياء من جنس واحد فلهم أن يختاروا أحد طريقين :

(أولهما) أن يتبادلوهما سواء بسواء أى متساويين فى القدر من غير

---

(١) المغنى لابن قدامة (ج٤ص٦) .

(٢) رواه أحمد والبخارى (نيل الأوطار للشوكانى ج٥ص٢١٥)

زيادة ولا نقصان بشرط الحلول والتقابض قبل التفرق . صار فيه النظر عما بينهما من فروق أخرى كالجودة مثلاً .

(وثانيهما) أن يبيع كل رجل شيئه نقداً أى حالاً من غير نسيئة فى شىء منه . وذلك لما رواه أبو سعيد الخدرى وأبو هريرة « أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر ، فجاءهم بتمر جنيب ، فقال : أكل تمر خيبر هكذا ؟ قال : لا . إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين ، والصاعين بالثلاثة . فقال : لا تفعل ، بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً »[1] .

وعن أبى سعيد الخدرى أيضاً قال : « جاء بلال إلى النبى ﷺ بتمر برنى فقال له النبى ﷺ : « من أين هذا » ؟ قال : كان عندنا تمر ردئ بعت منه صاعين بصاع . فقال : أوّه أعين الربا عين الربا . لا تفعل : ولكن إذا أردت أن تشترى فبع التمر بيع آخر ثم اشتر به »[2] .

ومثل هذا النهى عن بيع الذهب والفضة ورد فى حديث آخر قال ﷺ : « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منهما غائباً بناجز » متفق عليه وتشفوا أى تزيدوا . ويؤخذ من هذا أن بيع الجنس يشترط فيه ، التماثل والحلول والتقابض .

أما إذا بيع جنس بجنس كقمح بشعير فلا تحرم الزيادة لكن يشترط التقابض والحلول إلا أن يكون أحد البدلين نقداً والآخر طعاماً فإنه يصح فيه التأخير سواء أكان الطعام مبيعاً كما إذا اشترى قمحاً بجنيهات لأجل أم كان

---

(١) رواه البخارى (المرجع السابق ج٥ص٢٢٠ ، ٢٢١) ورواه مسلم فى صحيحه بشرح النووى ج١١ ص٢١.

(٢) رواه الشيخان صحيح مسلم ج١١ ص٢٢ .

الطعام ثمناً كما إذا اشترى خمسة جنيهات بخمسة أرادب من القمح يدفعها في وقت كذا . وهذا هو السلم(١) .

حكمة تحريم ربا الفضل :

وبما أن ربا الفضل فيه شبح من الربا ، وعنصر من عناصره فإن مما لا شك فيه أن هناك فروق أساسية في تبادل الشيئين المتماثلين هي التي تقتضي الزيادة ، وذلك واضح في حادثة بلال حين أعطى صاعين من تمره الردئ وأخذ صعاً من التمر الجيد .. ولكن لأن تماثل النوعين في الجنس يخلق شبهة أن هناك عملية ربوية . إذ يلد التمر التمر ! فقد وصفه ﷺ بالربا. ونهى عنه . وأمر ببيع الصنف المراد استبداله بالنقد ثم شراء الصنف بالمطلوب بالنقد أيضاً إبعادا لشبح الربا من العملية تماماً ! .

هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد يستغل الدهاة والمخاديعن ضعاف العقول ويلبسوا عليهم أن هذا الإردب من القمح يساوي ثلاثة لجودته ، وهذه القطعة المنقوشة نقشاً بديعاً من الذهب تساوي زنتها مرتين وفي ذلك من الغبن بالناس والإضرار بهم مالا يخفى(٢) .

(٢) ربا اليد : وهو البيع مع تأخير قبضهما أو قبض أحدهما من غير ذكر أجل .

(٣) ربا النسيئة : وهو البيع لأجل ، وهو الذي كان مشهوراً في الجاهلية ، فقد كان الواحد منهم يدفع ماله لغيره إلى أجل على أن يأخذ منه كل شهر قدراً معيناً ، ورأس المال باق بحاله فإذا حل طالبه برأس ماله . فإن

(١) راجع الفقه على المذاهب الأربعة ج٢ص٣٢٥.

(٢) راجع سيد قطب في تفسير آيات الربا ص٢٤ والفقه على المذاهب الأربعة جـ٢ ص٣٢٤.

تعذر عليه الأداء زاده فى الحق والأجل .

فالربا ظاهر فى هذا النوع ولا يحتاج إلى بيان إذ تتوافر فيه العناصر الأساسية لكل عملية ربوية : وهى : الزيادة على أصل المال . والأجل الذى من أجله تؤدى هذه الزيادة . وكون هذه الفائدة شرطاً مضموناً فى التعاقد . أى ولادة المال للمال بسبب المدة ليس إلا ..

حكم ربا النسيئة :

وقد جاء تحريم ربا النسيئة تحريماً قاطعاً بكتاب الله وسنة رسوله وإجماع المسلمين .

أما الكتاب فقد قال الله تعالى : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا . فمن جاءه موعظة من ربه فانتهي فله ما سلف وأمره إلي الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون يمحق الله الربا ويربي الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم﴾[1] .

﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾[2] .

وفى هذا السياق يكشف الحق تبارك وتعالى عما فى عملية الربا من قبح وشناعة ، ومن جفاف فى القلب وشر فى المجتمع ، وفساد فى الأرض وهلاك للعباد . ولهذا فإن الإسلام لم يبلغ من تفظيع أمر أراد إبطاله من أمور الجاهلية ما بلغ من تفظيع الربا .. ولا بلغ من التهديد فى اللفظ والمعنى ما بلغ التهديد فى أمر الربا فى هذه الآيات وفى غيرها من مواضع أخرى .. وإن

(١) الآيتان (٢٧٥ ، ٢٧٦) من سورة البقرة .

(٢) الاية (٢٧٨) من سورة البقرة .

من يتدبر حكمة الله وعظمة هذا الدين وكمال هذا المنهج ودقة هذا النظام يدرك اليوم من هذا كله مالم يكن يدركه الذين واجهوا هذه النصوص أول مرة . وأمامه اليوم من واقع العالم ما يصدق كل كلمة تصديقاً حيا مباشراً واقعاً فإن البشرية الضالة التى تأكل الربا وتوكله تنصب عليها البلايا الماحقة الساحقة من جراء هذا النظام الربوى ، فى أخلاقها ودينها وصحتها واقتصادها .. وتتلقى - حقاً - حربا من الله تصب عليها النقمة والعذاب . أفراداً وجماعات . وأمماً وشعوباً . وهى لا تعتبر ولا تفيق .

وأما تحريم الربا من السنة فقد وردت فيه روايات كثيرة منها ما رواه مسلم : « لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه »[1] ومنها ما رواه ابن ماجه والبيهقى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه « الربا ثلاثة وسبعون بابا أيسرها مثل أن ينكح الرجل أمه ، وإن أربى الربا عرض الرجل المسلم » .

وأجمعت الأمة على أن الربا من الكبائر حتى قيل إنه لم يحل فى شريعة من الشرائع السابقة كقوله تعالى : ﴿ وأخذهم الربا وقد نهو عنه ﴾[2] يعنى الأمم السابقة .

شبهات مردودة :

الشبهة الأولى : أن المنهزمين من المسلمين يزعمون أن الربا المحرم هو الذى يكون أضعافاً مضاعفة ، استناداً إلى قول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة ﴾[3] وهذا زعم باطل ، وخطأ صريح لأن

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى ج١١ ص٢٦.

(٢) من الآية (١٦١) من سورة النساء .

(٣) من الآية (١٣٠) من سورة آل عمران .

الغرض من الآية الكريمة إنما هو التنفير من أكل الربا . ولفت نظر المرابين لما عساه أن يؤول إليه أمر الربا من التضعيف الذى قد يستغرق مال المدين فيصبح لمرور الزمن وتراكم فوائد الربا فقيراً بائساً عاطلاً فى هذه الحياة بسبب هذا النوع الفاسد من المعاملة . وفى ذلك من الضرر على نظام العمران مالا يخفى ، ولا يكاد يتصور عاقل أن الله تعالى ينهى عن ثلاثة أضعاف ولا ينهى عن الضعفين أو الضعف . على أنه لا يمكن لعاقل أن يفهم هذا المعنى بعد قوله تعالى : ﴿ وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم ﴾[1] .

الشبهة الثانية : وهى أن القرض بفائدة ليس من باب الربا لأن الربا عقد بيع لابد له من صيغة أو ما يقوم مقامها وما يتعامل به الناس الآن من أخذ مال قرضاً بفائدة ليس ببيع إذ لا عقد هناك . وهذا صحيح لأن الشافعية هم القائلون بذلك . ولكن غير صحيح أنهم لا يحرمون هذه العملية . فهم وإن قالوا إن مثل ذلك ليس بعقد قالوا أيضاً إنه من باب أكل أموال الناس بالباطل أو أن مضار الربا الذى حرم من أجلها متحققة فيه فحرمته كحرمة الربا وإثمه كإثمه . فتحريم القرض بفائدة ثابت على أى وجه من الوجوه .

الشبهة الثالثة : أن العرب ما كانت تفرق بين البيع والربا ، فكانت تحسبهما من نوع واحد فجاء الإسلام ليبين لهم أن الزيادة التى تؤخذ على رأس المال بالبيع مختلفة عن التى تؤخذ على رأس المال فى نظير الأجل ، وأن الأولى مشروعة والثانية غير مشروعة ﴿ ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا . وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾[2] . وهذه الشبهة لازالت قائمة إلى اليوم ، فإن

---

(١) من الآية (٢٧٩) من سورة البقرة .

(٢) من الآية (٢٧٥) من سورة البقرة.

كثيراً من الناس فى زماننا هذا يستحلون الفائدة التى تدفعها المصارف والبنوك لأصحاب الأموال الذين يودعون أموالهم فيها .

وكانت شبهة العرب التى ركنوا إليها ، هى أن البيع يحقق فائدة وربحاً ، كما أن الربا يحقق فائدة وربحاً .. وهى شبة واهية . فالعمليات التجارية قابلة للربح وللخسارة . والمهارة الشخصية والجهد الشخصى والظروف الطبيعية الجارية فى الحياة هى التى تتحكم فى الربح والخسارة . أما العمليات الربوية فهى محددة الربح فى كل حالة . وهذا هو الفارق الرئيسى. وهذا هو مناط التحريم والتحليل .

إن كل عملية يضمن فيها الربح على أى وضع هى عملية ربوية محرمة بسبب ضمان الربح وتحديده .. ولا مجال للمماطلة فى هذا ولا للمداورة[١] .

الفرق بين الربا والبيع

وإذا كان الله قد أحل البيع وحرم الربا فذلك من وجوه :

أولاً : أن البيع فيه عوض يقابل عوضاً ، والربا زيادة لا مقابل لها . ذلك أن البيع يلاحظ فيه دائماً انتفاع المشترى بالسلعة انتفاعاً حقيقياً لأن المشترى إذا اشترى قمحاً مثلاً فإنما يشتريه ليأكله أو ليبزره أو ليبيعه وهو فى كل ذلك ينتفع به انتفاعاً حقيقياً . هذا بالإضافة إلى أن الثمن مقابل للمبيع مقابلة مرضية للطرفين البائع والمشترى فكل منهما أقدم على ذلك عن طواعية ورضا واختيار . وأما الربا فهو إعطاء الدراهم والمثليات وأخذها مضاعفة فى وقت آخر فما يؤخذ منه زيادة عن رأس المال لا مقابل له من عين عمل . وهى لا تعطى بالرضا والاختيار بل بالكره والاضطرار .

---

(١) راجع سيد قطب فى تفسير آيات الربا (ص٢٤) وما بعدها .

ثانياً : أن الله حرم الربا في النقدين لأنهما وضعا أساساً ليكونا ميزاناً لتقدير قيم الأشياء التي ينتفع بها الناس في معايشهم . فإذا تحول هذا وصار النقد مقصوداً بالاستغلال فإن هذا يؤدي إلى انتزاع الثروة من أيد أكثر الناس وحصرها في أيدي الذين يجعلون أعمالهم قاصرة على استغلال المال بالمال ، فينمو المال ويربو عندهم في المصارف والبنوك ويبخس العاملون قيم أعمالهم لأن الربح يكون معظمه من المال نفسه وبذلك يهلك الفقراء .

ثالثاً : أنه لا يصح أن يكون الإنسان مادياً بحتاً ليس فيه عاطفة خير لأخيه فيستغل فرصة احتياجه ويوقعه في شرك الربا فيقضي على ما بقي فيه من حياة مع أن الله تعالى قد أوصى الأغنياء بالفقراء وجعل لهم حقاً معلوماً في أموالهم . وشرع القرض لإغاثة الملهوفين وإعانة المضطرين حتى لا يكون الناس في تعاملهم كالذئاب لا يعرفون الرحمة والتعاون عند الشدائد والأزمات . لهذا وغيره حرم الله الربا .

المبحث الأول

الأشياء التي يكون الربا فيها محرماً

وهي الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح . وذلك لما روى عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد »[1] .

---

(١) الحديث عزاه المصنف للشافعي بسنده عن طريق مسلم بن يسار وغيره عنه وزاد مسلم فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي سواء . (التلخيص ج٣ ص٧) .

فأما الذهب والفضة فإنه يحرم فيهما الربا لعلة واحدة وهى أنهما من جنس الأثمان فيحرم الربا فيهما ولا يحرم فيما سواهما من الأموال كالحديد والنحاس والرصاص والفلوس إذا راجت رواج النقود ولا ربا كذلك فى المواد التجارية كلها من قطن وكتان وصوف وغزل وغيرها فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً ومؤجلا ولا خلاف فى شيء من ذلك إلا وجها حكاه المتولى والرافعى . ولا فرق فى النقدين أن يكون مضروبا أو غير مضروب ، فلا يصح أن يشترى جنيهين بثلاثة لأجل أو مقابضة كما لا يصح أن يشترى قطعة مصنوعة من الذهب زنتها عشرة مثاقيل بقطعة زنتها ثلاثة عشر لأن مبادلة الجنس بمثله يشترط فيه ثلاثة شروط : التماثل والحلول والتقابض قبل التفرق . فإن اختلفت الأجناس جاز التفاضل واشترط الحلول والتقابض. وأما الأعيان الأربعة الباقية ففيها قولان : قال فى الجديد العلة فيها أنها مطعومة . والطعام اسم لكل ما يطعم ، فعلى هذا يحرم الربا فى كل ما يطعم وهو يشمل ثلاثة أمور :

أحدهما : أن يكون للقوت كالبر والشعير والمقصود منهما التقوت . والحق بهما ما يشاركهما فى ذلك كالأرز والذرة وغير ذلك مما جرت عادة الناس بتحصيله لأكل الآدميين بشراء أو زراعة أو ادخار أو غير ذلك . واختلف فى الماء العذب فقيل : إنه يلحق بالقوت لأنه ضرورى للبدن . وقد أطلق الله عليه أنه طعام قال تعالى : ﴿ ومن لم يطعمه فإنه مني ﴾[1] وقيل : إنه مصلح للبدن فهو ملحق بالتداوى . •

والثانى : التفكه والتأدم . والتفكه هى الفاكهة والحلاوات والتأدم

(١) من الآية (٢٤٩) من سورة البقرة .

الغموس فالحق بهما كل ما فى معناهما كالتين والزيت وغيرهما .

والثالث : أن يكون لإصلاح الطعام أو لإصلاح البدن . وقد نص الحديث على الملح فيلحق به كل ما فى معناه مما يصلح الغذاء أو يصلح البدن فإن الغذاء يحفظ الصحة والأدوية ترد الصحة . فلا ربا فيما يختص به الجن كالعظم أو البهائم كالتبن والحشيش والنوى أو غلب تناولها له وإن قصده الآدميون كما قال الماوردى وجرى عليه الشارح وخالف فى ذلك بعض المتأخرين . أما إن كانا على حد سواء فالأصح ثبوت الربا فيه . ولا ربا فى الحيوان مطلقاً سواء أجاز بلعه كصغار السمك أم لا . لأنه لا يعد للأكل على هيئته . والدليل على أن الحيوان لا يدخله الربا أن عبد الله بن عمرو بن العاص قال أمرنى رسول الله ﷺ أن أجهز جيشاً فنفدت الإبل فأمرنى أن آخذ على قلاص[1] الصدقة فكنت آخذ البعير بالبعيرين ، وباع ابن عباس رضى الله عنه بعيراً بأربعة أبعرة ولا ربا فى الجلود التى لم تؤكل غالباً لأنها لم تخلق لذلك .

وقال فى القديم : العلة فيها أنها مطعومة مكيلة أو مطعومة موزونة فعلى هذا لا يحرم الربا فيما لا يكال ولا يوزن من الأطعمة كالرومان والسفرجل والقثاء والبطيخ وما أشبهها .

---

(١) القلوص من النوق ، الشابة وجمعها قُلُص وقلائص (المصباح المنير ج٢ ص٦٢٠) .

المبحث الثانى

بيع الحبوب بأجناسها وبغير أجناسها

ومن الأموال الربوية المذكورة فى الحديث : البر بالبر والشعير بالشعير وليس الربا قاصراً على القمح والشعير وإنما يدخل معه بطريق القياس جميع الأجناس التى تتحد معهما فى العلة وهى الطعمية فكل ما يتقوت به الإنسان ويطعمه وعليها تقوم بنيته فإنه من الأموال الربوية فإذا بيع بجنسه فلا يصح إلا بثلاثة شروط :

الأول : المماثلة فيما يكال كيلا وإن تفاوت فى الوزن وفيما يوزن وزناً وإن تفاوت فى الكيل والعبرة فيما يكال ويوزن بكيل الحجاز ووزنه لما روى أن النبى ﷺ قال : « المكيال مكيال أهل المدينة والميزان ميزان أهل مكة »[1] . وإن كان مما لا أصل له بالحجاز الحق بأشبه الأشياء به فى الحجاز فيأخذ حكمه وقيل : يعتبر بالبلد الذى فيه البيع لأنه أقرب إليه . وقد ذكر الشيخ الشربينى الخطيب فى ذلك قوله : والمعتبر فى كون الشىء مكيلاً أو موزوناً غالب عادة أهل الحجاز فى عهد رسول الله ﷺ ، لظهور أنه اطلع على ذلك وأقره وإن لم يكن فى عهده أو كان وجهل حاله فيراعى فيه عادة بلد المبيع والمماثلة تكون فى الحبوب حال كمالها وهو وقت الجفاف، وتنقيتها شرط للمماثلة لا للكمال .

الثانى : أن يكون نقداً أى حالاً دون تأخير فى أحد العوضين لئلا يدخل فى بيع الكالئ بالكالئ أى بيع النسيئة بالنسيئة كما قال أبو عبيدة والنسيئة التأخير فى الدفع .

---

(١) والحديث رواه ابن عمر عن النبى ﷺ وسكت عنه أبو داود والمنذرى وأخرجه البزار وصححه ابن حبان والدارقطنى (نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ج٥ ص٢٢٣) .

الثالث : التقابض قبل التفرق . وقبض كل شيء بحسبه فالمنقول : يكون قبضه بالتسليم والتسلم ، وقبض غير المنقول من أرض وشجر ونحوه بالتخلية بينه وبين المشترى بأن يمكنه منه البائع ويسلمه المفتاح ويفرغه من متاع غير المشترى اتباعاً للعرف وهذا هو القبض الحقيقى . فلا تكفى الحوالة وإن حصل القبض بها فى المجلس أما قبض الوكيل فيكفى عن العاقدين أو أحدهما ما دام القبض قد تم فى المجلس . فإذا تفرقا قبل القبض بطل العقد ، فإن كان التفرق بإكراه فلا يبطل لأن تفرقهما حينئذ كلا تفرق وهذا هو المعتمد .

وإذا قال أحدهما لصاحبه اختر لزوم العقد فاختار لزومه فإن كان قبل القبض بطل العقد حتى ولو تقابضا بعد ذلك فى المجلس لأن التخاير كالتفرق سواء بسواء فإذا لم يتم التقابض قبله بطل العقد .

وخلاصة ما تقدم : أن بيع الربا بجنسه كقمح بقمح وشعير بشعير وذهب بذهب إلخ يحرم فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل القبض لما روى عبادة بن الصامت أن النبى ﷺ قال : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد» . ومعنى يداً بيد أن يعطيه البائع المبيع بيد ويتناول الثمن باليد الأخرى أو أن يقبضه فى المجلس قبل التفرق . فإن باعه بغيير جنسه فإن كان مما يحرم فيه الربا بعلة واحدة كذهب بفضة أو قمح بشعير جاز فيه التفاضل وحرم فيه النساء والتفرق قبل القبض . لقوله ﷺ : « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » . أما إن كان مما يحرم فيهما الربا بعلتين: كبيع الحنطة بالذهب ، والشعير بالفضة حل فيه التفاضل والنساء والتفريق قبل التقابض لإجماع الأمة على جواز إسلام الذهب والفضة فى المكيلات المطعومة[1] .

(١) راجع المهذب ج١ (ص٢٧٢) .

بيع الدقيق بدقيق مثله :

وإذا كانت المماثلة اليقينية شرط لازم لصحة المبادلة فإن بيع الدقيق بدقيق مثله لا يصح لانتفاء المماثلة ، فإن الدقيق يتفاوت فى النعومة ، فأشبه بيع الصبرة بالصبرة جزافاً[(١)] . ولا يجوز بيع الدقيق بالخبز لأنه دخله النار وخالطه الملح والماء وذلك يمنع التماثل . وكذلك لا يجوز بيع الخبز المأخوذ من جنس ببعضه كخبز القمح بخبز القمح مثلاً لانتفاء المماثلة اليقينية بما أحدثته النار فى كل منهما .

والحبوب الجافة التى لا دهن فيها تتحقق فيها المماثلة بالجفاف فتكون مبادلة بعضها ببعض فى الحبوب حباً . أما إن كان فيها دهن كحب السمسم فيجوز بيع السمسم بمثله أو الشيرج بمثله .

ويصح بيع دقيق القمح بدقيق الذرة وغيره لاختلاف الجنس لعدم اشتراط المماثلة فيه .

(مسألة) لو قال بعتك هذه الصبرة بتلك الصبرة مكايلة أى كيلاً بكيل أو هذه الدراهم بتلك موازنة فإن كالاً أو وزناً وخرجتا سواء فالبيع صحيح وإلا لم يصح على الأظهر . (والثانى) يصح فى الكبيرة بقدر ما يقابل الصغيرة ويكون الخيار لمشترى الكبيرة .

المبحث الثالث

بيع الفاكهة بجنسها وما يتعلق به

الفواكه والثمار من الأموال الربوية وذلك بنص الحديث المتقدم ، ولأنها من المطعومات ، فلا يباع جنس الفاكهة بجنسه كتمر بتمر وزبيب بزبيب إلا

---

(١) الجزاف بيع الشىء لا يعلم كيله ولا وزنه وهو بفتح الجيم والجزاف بالضم خارج عن القياس وهو فارسى معرب (المصباح ج١ ص١٢١) .

مثلاً بمثل يداً بيد . وتعتبر المماثلة في الثمار وقت الجفاف هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه يشترط مع جفافها أن تكون صالحة للادخار على هيئة تمنعها من الفساد . فالتمر مثلاً إذا نزع منه النوى بعد الجفاف فإنه ولا شك يبطل كما له لأن الفساد يتسارع إليه، فإن كان كما له لا يبطل بنزع نواه كالمشمش والخوخ فلا يبطل بذلك لأنه لا يجف غالباً إلا بنزع النوى .

وما دامت المماثلة شرطاً لصحة البيع ، فلا يجوز بيع الرطب بالتمر لما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أن النبى ﷺ « سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال أينقص الرطب إذا يبس فقيل له نعم قال : فلا إذا »[1] فنهى عن بيع الرطب بالتمر وجعل العلة فيه أنه ينقص عن يابسه فدل على أن كل رطب لا يجوز بيعه بيابسه إلا فى بيع العرايا وهو بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرصاً[2] .

وأما بيع الرطب بالرطب . فإن كان من نوع لا يدخر إلا يابساً مثل الرطب والعنب فلا يجوز للجهل بالتماثل حال الكمال والادخار ، وإن كان مما لا يدخر يابسه كسائر الفواكهه ففيه قولان :

(أحدهما) لايجوز لأنه جنس فيه رباً فلم يجز بيع رطبه برطبه مثله فى ذلك مثل الرطب والعنب .

و(الثانى) يجوز لأن معظم منافعه فى حال رطوبته قياساً على جواز بيع اللبن باللبن[3] . والرطب الذى لا يتتمر والعنب الذى لا يكون زبيباً لا يصح بيع بعضه ببعض أصلاً قياساً على الرطب بالرطب. ويستثنى الزيتون فإنه لا جفاف له فيجوز بيع بعضه ببعض كما جزم به الغزالى وغيره .

---

(١) رواه الخمسة وصححه الترمذى (نيل الأوطار ج٥ ص٢٢٤) .

(٢) الخرص هو التخمين تقول : خرصت النخل خرصاً حزرت ثمره على وجه التقريب (نيل الأوطار ج٥ص٢٢٨) (والمصباح ج١ ص٢٠٠) .

(٣) راجع المهذب (ج١ ص٢٧٤) .

حكم بيع العجوة :

وإذا كنا قد عرفنا فيما سبق أنه يشترط عدم نزع نوي التمر منه حتي لا يتسارع إليه الفساد. فهل العجوة ينطبق عليها مثل هذا الشرط فلا يجوز بيع بعضها ببعض أو أن بيعها جائز لأنها تدخر عادة ولا يسرع إليها الفساد؟

فى هذه المسألة نظر . والذى نرجحه أنه لا يجوز بيع بعضها ببعض لأن نزع النوى من شأنه أن يعرضها للفساد وأيضاً فإن العجوة لا تخرج عن أن تكون إما رطباً نزع نواه أو تمراً ، فإن كانت تمراً فعدم الصحة مستفاد من أنها تمر منزوع النوي ، وإن كانت رطباً فعدم الصحة مستفاد من قولهم لا يباع رطب برطب ولا جاف . وإذا كان التمر المنزوع النوى لا يصلح للادخار لأنه يفسد ومن ثم فلا يجوز بيعه فلو فرض أن الله تعالي خلق تمراً أو زبيباً لا نوي له فإنه يصح بيعه بمثله لكماله وصلاحيته للادخار.

المبحث الرابع

بيع اللحم بجنسه وما يتعلق به

ومن الأموال التى يدخلها الربا ، اللحم ، وهو أجناس مختلفة فى الأظهر، وقيل : هو جنس لاشتراكها فى الاسم الذى لا يقع التمييز بعده إلا بالإضافة فعلي أنه أجناس فإن البقر والجاموس جنس ، والضأن والمعز جنس، والإبل جنس . وثمرة هذا الخلاف تظهر فإنه يصح بيع لحم البقر بلحم الضأن متفاضلاً إذا جرينا علي أنه أجناس مختلفة وعلي القول بأنه جنس فلا يصح بيع شيء من اللحم ببعضه إلا مثلاً بمثل يداً بيد ويستوى فى ذلك الوحشى والأهلى والبرى والبحرى علي الأصح فى الروضة وتعتبر مماثلة اللحم وقت جفافه إذا طاب ونضج وصار مقددا .

ولا يصح بيع اللحم بحيوان حي في الأظهر لأنه ﷺ : « نهي عن بيع اللحم بالحيوان »[1] . وروي ابن عباس رضي الله عنه أن جزوراً نحرت على عهد أبي بكر رضي الله عنه فجاء رجل بعناق فقال أعطوني بها لحماً فقال أبو بكر لا يصلح هذا . وسبب المنع أنه جنس فيه الربا بيع بأصله الذي فيه مثله فلم يجز كبيع الشيرج بالسمسم .

وهل يدخل لحم السمك في ذلك . فيه وجهان : قال أبو إسحاق يدخل فيها فلا يجوز بيعه بلحم شيء من الحيوان متفاضلا لأن اسم اللحم يقع عليه والدليل عليه قوله تعالي : ﴿ومن كل تأكلون لحماً طرياً﴾[2] ومن أصحابنا من قال : لا يدخل فيه لحم السمك وهو المذهب لأنه لا يدخل في إطلاق اسم اللحم ولهذا لو حلف لا يأكل اللحم لم يحنث بأكل لحم السمك .

وأما الطيور فالعصافير علي اختلاف أنواعها جنس ، والبطوط جنس ، وكذا أنواع الحمام علي الأصح . وبيض الطيور أجناس ، والكبد والطحال والقلب والكرش والرئة والمخ أجناس وإن كانت من حيوان واحد لاختلاف أسمائها وصفاتها . وشحم الظهر والبطن واللسان والرأس والأكارع أجناس.

وأما حيوانات البحر فما كان منها علي هيئة السمك المعروف كالحوت واللبيس والمرجان والبلطي والبوري ونحو ذلك فقيل كلها جنس واحد وقيل أجناس مختلفة . وأما بقية دوابه فإنها أجناس مختلفة باتفاق . على أن الجنس الواحد يختلف باختلاف كونه وحشياً أو أهلياً . فبقر الوحش جنس يغاير البقر الأهلي ، والمتولد من الجنسيين جنس ثالث[3] .

---

(١) الحديث رواه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب وأخرجه الشافعي مرسلاً ، ووصله الدارقطني في الغريب عن مالك عن الزهري عن سهل بن سعد وحكم بضعفه قال الشوكاني : ولا يخفي أن الحديث لا ينتهض للاحتجاج بمجموع طرقه (نيل الأوطار ج٥ ص٢٢٩ ، ٢٣٠) .

(٢) من الآية (١٢) من سورة فاطر .

(٣) راجع الفقه على المذاهب الأربعة (ج٢ص٣٤٨) .

المبحث الخامس

بيع المائعات بأجناسها وبيعها بما تخرج عنه

والمائعات مثل اللبن والخل وعصير الفواكه والدهون كالزيت والشيرج والسمن أجناس مختلفة لأنها فروع لأصول مختلفة فيجوز بيع الجنس بمثله كخل بخل ولبن بلبن متماثلاً . فإن كانا جنسين صح بيع أحدهما بالآخر متفاضلا .

وتعتبر المماثلة فى اللبن إذا كان خالصاً غير مشوب بماء أو ملح وغير مغلى بالنار . فإن كان مشوباً بماء أو نحوه فلا يجوز بيعه بمثله ولا بخالص للجهل بالمماثلة . ويدخل فى المشوب مالو خلط بالسمن غيره مما لا يقصد للبيع مع السمن كالدقيق فلا يصح بيع المخلوط بمثله لأن الخلط يمنع من العلم بالمقصود[١] .

وإن باع الجبن والأقط أو المصل أو اللبأ بعضه ببعض لم يجز لأن أجزاءها منعقدة ويختلف انعقادها ، ولأن فيها ما يخالطه الملح والإنفحة وذلك يمنع التماثل . وأما بيع نوع منه بنوع أخر فإنه ينظر فيه فإن باع الزبد بالسمن لم يجز لأن السمن مستخرج من الزبد فلا يجوز بيعه بما استخرج منه كالشيرج بالسمسم . وإن باع المخيض بالسمن فالمنصوص أنه يجوز لأنه ليس فى أحدهما شيء من الآخر قال القاضى أبو الطيب الطبرى هما كالجنسين فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا بلا خلاف . وإن باع الزبد بالمخيض فالمنصوص أنه يجوز . وقال أبو إسحاق لا يجوز لأن فى الزبد شيئاً من المخيض فيكون بيع زبد ومخيض بمخيض وهذا لا يصح لأن الذى فيه

---

(١) راجع حاشية البجيرمى على المنهج (ج٢ص٥٠) .

من المخيض لا يظهر إلا بالتصفية والنار فلم يكن له حكم . وما سوي ذلك لا يجوز بيع نوع منه بنوع أخر لأنه يؤدى إلي التفاضل[1] .

والسمن إذا كان خالصاً مصنعاً بشمس أو نار يجوز بيع بعضه ببعض لأنه لا يتأثر بالنار تأثر انعقاد ونقصان ، فيكال إن كان مائعاً ويوزن إن كان جامداً ، ولا يباع زبد بزبد من جنسه فى الأصح لأن ما فيهما من اللبن يمنع المماثلة .

اعتراض وجوابه :

فإن قيل إنه قد صح بيع اللبن ببعضه وفى كل منهما زبد فكيف صححته هناك ومنعته هنا ؟ أجيب عن ذلك بأن الصفة ممتزجة فلا عبرة بها .

واعلم أن كل خلين لا ماء فيهما واتحد جنسهما اشترط فيها التماثل وإلا فلا وكل خلين فيهما ماء لا يباع أحدهما بالآخر إن كانا من جنس واحد ، وإن كانا من جنسين وقلنا الماء العذب ربوى وهو الأصح لم يجز وإلا جاز وإن كان الماء فى أحدهما وهما جنسان كخل عنب بخل تمر وخل رطب بخل زبيب جاز لأن الماء فى أحد الطرفين والمماثلة بين الخلين المذكورين غير معتبرة .

والكُسب وهو عصارة الدهن يجوز بيع الجنس بمثله . هذا إن كان مما يأكله الآدميون وذلك مثل كسب السمسم واللوز أما الذى لا يأكله إلا البهائم مثل كسب القرطم أو كان أكل البهائم له أكثر فليس بربوي ، وليس للطحينة قبل استخراج الدهن حالة كمال . فلا يجوز بيع بعضها ببعض ولا بيع السمسم بالشيرج لأنه فى معني بيع كسب ودهن بدهن .

والأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والليونوفر كلها مستخرجة من

---

(١) راجع المهذب (ج١ص٢٧٦/٢٧٧) .

السمسم فيباع بعضها ببعض إن ربي بالطيب سمسم الدهن بأن طرح فى الطيب ثم استخرج دهنه فإن استخرج دهنه ثم طرح فيه أوراقها فلا يباع بعضها ببعض لأن اختلاطها بها يمنع معرفة التماثل[١] .

وحاصل مسألة السمسم وما اتخذ منه لن السمسم والشيرج والكسب الخالص يباع كل منهما بمثله وكذا الشيرج بالكسب الخالص من الدهن ولو مع التفاضل فى الأخيرة ، ويمتنع بيع السمسم بالشيرج وبالطحينة وبالكسب لأن الشيء لا يباع بما اتخذ منه .

المبحث السادس

الصرف

والصرف بيع النقد بالنقد من جنسه وغيره ، والمراد به الذهب والفضة مضروباً كان أو غير مضروب ، فإن بيع بجنسه كذهب بذهب اشترط المماثلة والحلول والتقابض قبل التفرق والتخاير . وإن بيع بغير جنسه كذهب بفضة جاز التفاضل واشترط الحلول والتقابض قبل التفرق والتخاير . وعلة الربا فى الذهب والفضة جنسية الأثمان غالباً كما صححه فى المجموع ويعبر عنها أيضاً بجوهرية الأثمان غالباً ، وهى منتفية عن الفلوس وغيرها من سائر العروض لأنها قيم الأشياء كما جري عليه صاحب التنبيه لأن الأوانى والتبر والحلى يجرى فيها الربا وهى ليست مما يقوَّم بها واحتز بقوله غالباً عن الفلوس إذا راجت فإنه لا رباً فيها ، ولا أثر لقيمة الصنعة فى ذلك حتي لو اشتري بدينار ذهباً مصوغاً قيمته أضعاف الدنانير اعتبرت المماثلة ، ولا نظر إلي القيمة[٢] .

---

(١)راجع مغنى المحتاج (جـ٢ ص٢٦ ـ ٢٧) .

(٢) راجع مغنى المحتاج (ج٢ص٢٤/٢٥) .

الفصل الثالث

فى القراض وما يتعلق به من أحكام

تعريفه لغة وشرعاً :

القراض لغة مشتق من القرض وهو القطع لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها ، وقطعة من الربح . ومنه المقراض آلة للقطع ، ويسمي أيضاً مضاربة لا شتماله غالباً علي الضرب فى الأرض الذى هو السفر قال تعالى : ﴿ وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح ﴾[1] اى سافرتم لاشتماله عليه غالباً . والقراض والمقارضة لغة أهل الحجاز .. والمضاربة لغة أهل العراق .

وشرعاً : عقد يقتضى دفع المالك مالا للعامل ليعمل فيه والربح بينهما. ويفهم من هذا التعريف أن القراض لا يكون إلا على مال فلا يصح أن يكون على منفعة كسكنى الدار كما لا يصح أيضاً علي دين سواء أكان العامل هو المدين أم غيره والعامل بمقتضى عقد القراض يكون شريكاً لرب المال فى الربح فخرج بذلك الوكيل لأن الوكيل يتصرف نيابة عن الموكل ولا يستحق عن هذا العمل شيئاً فى الغالب .

دليل المشروعية :

والدليل علي مشروعية القراض الإجماع والقياس علي المساقاة بجامع أن فى كل العمل فى شىء ببعض نمائه مع جهالة العوض ، ولأن المساقاة والقراض كل منهما جوز للحاجة من حيث أن مالك النخيل قد لا يحسن تعهدها ولا يتفرغ له ، ومن يحسن العمل قد لا يملك ما يعمل فيه . وهذا المعنى موجود فى القراض لأن صاحب المال قد لا يحسن التصرف ومن لا مال له يحسنه فيحتاج الأول إلي الاستعمال والثانى إلي العمل [2] .

---

(١) من الآية (١٠١) من سورة النساء .

(٢) مغنى المحتاج (ج٢ص٣٠٩) .

وقد استدل الماوردى على صحة القراض بقوله تعالي : ﴿ليس عليكم جناح أن يبتغوا فضلا من ربكم ﴾[1] واستدل عليه ايضاً بأن رسول الله ، ضارب لخديجة بمالها إلي الشام . وهو بعيد فليس ذلك نصاً فى القراض ، لاحتمال أن المراد بالفضل المشار إليه فى الآية هو الرزق من غير عمل ، وأنه ﷺ لم يكن مقارضاً لأن خديجة لم تدفع له مالا يشتري به وإنما كان مأذوناً له فى التصرف عنها ببيع أمتعتها علي سبيل الوكالة ، فهو صلوات الله عليه كان وكيلاً بأجر .

حكم القراض :

وأما حكمه فهو عقد جائز بين الطرفين ، لكل منهما فسخه متي شاء ، وإذا كان الفسخ من جهة العامل كان عليه أن يوفى الديون ويدفع رأس المال بعد أن يصيره دراهم ودنانير . والدليل علي ذلك ما رواه ـ زيد بن أسلم عن ابيه أن عبد الله وعبيد الله ابنى عمر بن الخطاب رضى الله عنهم خرجا فى جيش إلي العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فرحب بهما .. وقال : لو أقدر لكما على امر انفعكما به لفعلت . ثم قال : بلى. ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلي أمير المؤمنين فأسلفكما إياه فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ثم تبيعانه فى المدينة وتوفران رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما ربحه فقالا وددنا ذلك ففعل ، فكتب إلي عمر يأخذ منهما المال فلما قدما وباعا ربحا فقال عمر أكل الجيش قد أسلف كما أسلفكما فقالا : لا فقال عمر : ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما . أديا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال : يا أمير المؤمنين لو هلك المال

---

(١) من الآية (١٩٨) من سورة البقرة .

ضمناه فقال : أدياه ، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال . ولأن الأثمان لا يتوصل إلي نمائها المقصود إلا بالعمل فجاز المعاملة عليها ببعض الخارج منها كالنخل فى المساقاة .

أركان عقد القراض

وهذه الأركان هى : صيغة ، وعاقدان ومال ، وعمل ، وربح . وإذا كان الفقهاء اعتبروا العمل والربح من الأركان وهما لا يوجدان عادة إلا بعد عقد القراض فما ذلك إلا لأنه لابد من ذكرهما لتوجد ماهية القراض وإلا فقد يقارض ولا يوجد عمل من العامل لو يعمل ولا يوجد ربح .

الركن الأول : الصيغة : وهى إيجاب وقبول ، بأى لفظ يتأدى به معني القراض أو المضاربة ، لأن المقصود هو المعني فجاز بما يدل عليه كالبيع بلفظ التمليك ، فإن كانت الصيغة بلفظ يفيد العقد كقارضتك أو عاملتك أى بلفظ الماضى فإن القبول يكون باللفظ فيقول : قبلت فلا يكفى القبول . بالفعل بأن يأخذ الدراهم فعلا بعد قوله له قارضتك فى كذا علي أن يكون الربح بيننا . بل لابد أن يسبق هذا الفعل اللفظ . فإن كان الإيجاب بلفظ من ألفاظ الأمر كخذ مثلاً فقد قيل : يكفى أخذ الدراهم . والأصح أنه لا يكفى مطلقاً أى سواء كان بلفظ الأمر أو بما يفيد العقد . لأنه عقد معاوضة يختص بمعين فلا يشبه الوكالة لأنها مجرد إذن ، ولا الجعالة لأنها لا تختص بمعين.

وهذا العقد لا يقبل التعليق لأنه يبطل بالجهالة كالبيع والإجارة ولا يقبل شرط المدة فيه لأنه عقد معاوضة مطلقاً فيبطل بالتأقيت كالبيع والنكاح

فإذا شرط عليه المنع من البيع بعد مدة معينة كشهر مثلاً بطل العقد لأنه شرط ينافي مقتضى العقد فإن العامل يستحق البيع لأجل الربح وهذا شرط ينافيه ومن ثم فإنه لا يصح . وذلك بخلاف ما إذا شرط عليه ألا يشتري بعد مدة كذا فهذا شرط صحيح لأن رب المال يملك المنع من الشراء إذا شاء فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد فلم يمنع من صحته .

الركن الثاني : العاقدان : وهما المالك والعامل ولهما شروط :

فيشترط أولاً : فى المالك ما شرط فى الموكل وفى العامل ما شرط فى الوكيل لأن القراض توكيل وتوكل فلا يجوز أن يكون أحدهما سفيهاً ولا صبياً ولا مجنوناً أما الأعمى فإنه يجوز أن يكون مالكاً ولا يجوز أن يكون عاملاً . ولولي المجنون والصبى والسفيه أن يقارض لهم من هو أهل لإيداع المال عنده ولو كان بأكثر من أجرة المثل مادام لم يجد غيره لأن فى ذلك منفعة لهم . وأما المحجور عليه بفلس فلا يصح أن يقارض ويصح أن يكون عاملا لأن الحجر عليه يمنعه من التصرف فى أمواله تصرفاً قد يضر بالغرماء . ويصح القراض من المريض ولا يحسب ما زاد علي أجرة المثل من الثلث لأن المحسوب منه ما يفوته من ماله والربح ليس بحاصل حتي يفوته وإنما هو شيء يتوقع حصوله ، وإذا حصل حصل بتصرف العامل .

ويشترط ثانياً : أن يكون الإذن مطلقاً ، فلا يجوز للمالك أن يضيق التصرف علي العامل ، فإذا قال له مثلاً لا تشتر شيئاً حتي تشاورنى أو لاتشتر إلا الحنطة البيضاء أولا تتعامل إلا مع زيد من الناس فلا تشتر إلا منه ولا تبع إلا له فهذا من شأنه أن يضيق عليه الخناق فلا يحقق الغرض المقصود لأن المقصود من القراض حصول الربح وقد لا يحصل فيما يعينه

من الأصناف او الأشخاص . ومثل هذا ان يشترط عليه التصرف فى شىء
يندر وجوده كالياقوت الأحمر او الخيل البلق وهى الخيل الذى اختلط
[illegible] فهذا لا يجوز لأنه لم يحصل منه الربح غالباً ، فإن كان فى
شىء يعم وجوده غالباً كالثياب والطعام والفاكهة فى وقتها صح .

ويشترط ثالثاً : أن يستقل العامل بالعمل ، ليتمكن من العمل متي
شاء والمحظور فى هذا هو اشتراك المالك مع العامل فى العمل لأنه يصح أن
يقارض المالك الواحد أكثر من عامل فى وقت واحد كما يجوز له أن يفرض
لأحدهما النصف وللآخر الربع أو الثلث . وقد أجاز فقهاء المذهب شرط إعانة
مملوك المالك للعامل كبهيمته أو رجل أجير عنده لأنه مال فجعل تبعاً للمال
ولأن ذلك لا يمنع استقلال العامل بالعمل.

وإذا كنا قد جوزنا للمالك أن يقارض أكثر من عامل فإن للعامل ايضاً
أن يقارض أكثر من مالك ولكن هل له أن يشرك غيره معه فى العمل ؟
وللإجابة عن هذا التساؤل نقول : إنه إذا فعل ذلك فإما أن يكون بإذن المالك أو
بغير إذنه ، فإن كان بغير إذنه فسد العقد مطلقاً سواء قصد أن يشاركه فى
العمل والربح أو يشاركه فى الربح فقط أو قصد أن يحل محله وينسلخ هو
من العمل ، لأن المالك لم يأذن فيه ، ولم يأتمن غيره . وإن كان بإذن المالك ،
فإن إذن له بالمشاركة فى الربح والعمل فلا يجوز ذلك فى الأصح لأن القراض
شرع علي خلاف القياس رفقاً بالناس من أجل المصلحة ، وموضوعه أن يكون
بين عاقدين أحدهما مالك لا عامل والآخر عامل ولو متعدداً فلا يصح أن
يعقده عاملان مع استمرارهما عاملين . فإن قارضه العامل بالإذن لينفرد
بالربح والعمل صح كما لو قارضه المالك بنفسه والربح بين المالك والعامل
الثانى وينعزل الأول بمجرد الإذن له إن ابتداه المالك . كذا قيل والمعتمد انه لا

ينعزل إلا بالعقد مطلقاً لأنه لا قراض إلا بعقد[١] . هذا إذا كان المال مما يجوز عليه القراض ، فلو وقع بعد تصرف الأول وصيرورته عروضاً لم يجز لأنه لابد أن يكون مما يصح القراض عليه ابتداء بأن يكون نقداً .

حكم تصرف العامل الثانى

وإذا تصرف العامل الثانى بغير إذن المالك فتصرفه تصرف غاصب فيضمن ما تصرف فيه ، فإن اشتري بعين مال القراض لم يصح شراؤه لأنه فضولى أو تصرف فى الذمة له فإن ربح فالربح للأول لأنه وكيل عنه أما هو فليس له إلا الأجرة إذا لم يرض أن يعمل مجاناً فإن عمل مجاناً كأن قال له الأول وكل الربح لى فلا أجرة له وقد جاء فى المهذب : فإن كان رب المال قد قارض العامل علي النصف وقارض العامل آخر ، واشتري الثانى فى الذمة ، ونقد الثمن من مال القراض وربح . فعلي المذهب القديم قال المزنى : إن لرب المال نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين لكل منهما نصفه ، وقد وافق أبو إسحاق علي ما ذهب إليه المزنى وقال : هذا صحيح ، لأن رب المال رضى أن يأخذ نصف الربح والنصف الثانى بين العاملين لأنهما رضيا أن ما رزق الله بينهما ، والذى رزق الله تعالي هو النصف ، فإن النصف الآخر أخذه رب المال فصار كالمستهلك . وخالف فى ذلك بعض الأصحاب فقالوا برجوع العامل الثانى علي العامل الأول بنصف أجرة مثله لأنه دخل علي أن يأخذ نصف ربح المال ولم يسلم له ذلك إذ أن الربح كله للمالك لا للغاصب إذ لو جعلناه للغاصب لاتخذ ذريعة إلي الغصب من العاملين واختاره السبكى لأنه لم يتصرف بإذن المالك فأشبه الغاصب .

---

(١) راجع البجيرمى (جـ٢ص٦١٥).

وعلي المذهب الجديد : الربح كله للعامل الأول ، وللعامل الثانى أجرة مثله ، ومن الأصحاب من وافق المزنى فى رأيه الذى ذهب فيه إلي أن الربح للأول لأن العامل الثانى لم يشتر لنفسه وإنما اشتراه للأول ، فكان الربح له بخلاف الغاصب فى غير القرض فإنه اشتراه لنفسه فيكون الربح له . ومنهم من قال هذا غلط لأن الربح للعامل الثانى لأنه المتصرف فصار كالغاصب فى غير القراض . هذا إذا كان العامل الثانى قد اشتري للأول بمال فى ذمته .. فإن اشتري بعين مال القراض فباطل علي الجديد القائل ببطلان شراء الفضولى . وحينئذ فيكون الأول باق علي صحته وله أن ينزع المال من الثانى ويتصرف فيه . وأما المذهب القديم المقابل له فقائل بالوقف أى أن تصرف العامل الثانى صحيح موقوف علي الإجازة . هذا كله إن بقى المال ، فإن تلف فى يد العامل الثانى ، وعلم بالحال فغاصب وعليه الضمان ، وإن جهل فعلى العامل الأول .

الركن الثالث : المال وله شروط :

الأول : أن يكون نقداً ،والنقد هو المضروب من الذهب والفضة دراهم ودنانير خالصة ، فلا يجوز على تبر ، والتبر هو الذهب والفضة قبل ضربهما ، ولا على حلى وهو ما يتحلى به النساء من المصوغات الذهبية أو الفضية ولا على المغشوش من الدراهم أو الدنانير وإن راجت وعلم قدر غشها لأن الغش الذى فيها عرض ولا يجوز القراض علي العروض . وخالف فى ذلك السبكى ، وقال : يقوى عندى أن أفتى بالجواز ، وأن أحكم به إن شاء الله ولا على عروض مثلية أو متقومة ، لأن القراض عقد غرر من حيث أن العمل فيه غير مضبوط والربح غير موثوق به ، ولولا الحاجة لما صح ومن ثم فإنه يختص بما يروج غالباً ، ويسهل التجارة به وهو الأثمان من الذهب أو الفضة أو هما معاً.

الثانى : أن يكون رأس المال معلوم القدر والجنس والصفة فلا يجوز علي مجهول القدر دفعاً لجهالة الربح ، فاشترط العلم بقدر المال ليعلم العامل ما يخصه من الربح بخلاف الشركة فيكفى العلم بما يخص كلا منهما عند القسمة ، ولا علي مجهول الصفة ومن ذلك ما عمت به البلوي من التعامل بالفضة المقصوصة فلا يصح القراض عليها لأن صفة القص وإن علمت إلا أن مقدار القص مختلف فيه فلا يمكن ضبط مثله عند التفاضل حتي لو قارضه علي قدر منها معلوم القدر وزناً فالظاهر عدم الصحة لأنه حين الرد وإن أحضر قدره وزناً لكن القرض يختلف بتفاوت القص قلة وكثرة .

قال السبكى ويصح القراض علي غير المرئى لأنه توكيل .

الثالث : أن يكون معيناً عند المالك ، فلو كان غير معين بأن كان القراض على ما فى الذمة . ذمة العامل أو ذمة الأجنبى فلا يصح وإن عين فى المجلس لفساد العقد . فإن المالك لا يقدر علي تعيين ما فى ذمة غيره ، نعم إن كان علي ما فى ذمة المالك بشرط ألا يكون ديناً ، فإن قارضه علي ألف فى ذمته أى غير معينة ثم عينه فى المجلس صح القراض خلافاً للبغوى.

ويفهم من هذا أنه إذا كان فى ذمة غير المالك فلا يجوز سواء عين فى المجلس وقبضه المالك فيه أو لا . ويؤخذ من كلامه أنه إذا قارضه علي دين فى ذمة العامل فإن عينه وقبضه المالك فى المجلس صح وعليه بعد القبض أن يرده للعامل بلا تجديد عقد ، وإن قارضه علي دين فى ذمة أجنبى لم يصح وإن عينه وقبضه فى المجلس ، إلا بعقد جديد بعد تعينه وقبضه ، والفرق بين العامل والأجنبى . أن ما فى ذمة غير العامل معجوز عنه حال العقد بخلاف ما فى ذمة العامل ، فإنه قادر علي تحصيله فصح العقد .

الشرط الرابع : أن يسلم المال إلي العامل ، ويستقل باليد عليه والتصرف فيه ، وكل شرط ينافى ذلك لا يصح ، فلو شرط المالك أن يكون المال فى يده أو فى يد غيره ، فهذا الشرط يقتضى بطلان عقد القراض لأنه قد لا يجده عند الحاجة وغير صحيح أيضاً مالو شرط عليه مراجعته فى التصرف أو شرط عليه أن يعمل معه لأن انقسام اليد يقتضى انقسام التصرف . ولكن يصح كما سبق أن ذكرنا شرط إعانة مملوك المالك للعامل لأن ذلك لا يمنع استقلال العامل بالمال ومملوك المالك مال فجعل عمله تبعاً للمال . ولكى يكون هذا الشرط صحيحاً فلابد وأن يكون المملوك معلوماً برؤية أو صف والحكمة فى اشتراط كون رأس المال نقداً ، أن المقصود من القراض رد رأس المال واقتسام المالك والعامل الربح بينهما بالنسبة المتفق عليها ، فإذا كان رأس المال عروضاً تجارية أو نقداً مغشوشاً ، فإنه يصعب رد رأس المال بقيمته التى كان عليها أثناء التعاقد لأنه يزيد وينقص حسب قانون العرض والطلب ، فإذا زادت هذه الأشياء فى الثمن احتاج العامل أن يصرف جميع ما اكتسبه لرد مثل رأس المال إن كان مثلياً أو قيمياً إن لم يكن له مثل. وفى ذلك إضرار بالعامل . وإذا نقص عن قيمته فإنه يصرف جزءاً يسيراً من الربح فى رد مثله أو قيمته ثم يشارك رب المال فى الباقى ، وفى كلتا الحالتين لا تتحقق العدالة بين المالك والعامل ، وإنما تتحقق إذا كان رأس المال نقداً خالصاً من الذهب أو الفضة لأن قيمتهما ثابتة لا تتغير غالباً.

الركن الرابع : العمل ويشترط فيه أن يكون فى تجارة فليس كل عمل يصلح للقراض ، وإنما العمل الذى يحقق الربح بالتجارة فإن كان الربح باحتراف صنعة كطحن وعجن وخبز أو غزل وما شاكل ذلك فلا يصح لأن هذه الأعمال لا يسمي فاعلها تاجراً بل محترفاً ، فالقراض عليها فاسد لأنها

أعمال مضبوطة ويمكن الاستئجار عليها . فلا يحتاج إلي القراض عليها لأنه جوز للحاجة . فلو فعل ذلك العامل من غير شرط لم يفسد القراض وأجرته على المالك إن أذن له ، ولو شرط علي العامل استئجار ذلك من مال القراض جاز وفيه نظر لأن الربح لم ينشأ عن تصرف العامل وهنا أوجه وإذاً : فشرط العمل أن يكون تجارة لأن الحرفة يمكن الاستئجار عليها وألا يضيق العمل على العامل بأن يشترط عليه شراء متاع معين كقوله ولا تشتر إلا هذه السلعة وهو ظاهر بل لو قال على أن تشترى حنطة وتبيعها فى الحال لم يصح لتضييقه عليه بطلب الفورية فى الشراء والبيع وعليه لوحذف قوله فى الحال كان قراضاً صحيحاً . ولو قارضه على أن يشترى الحنطة ويخزنها مدة فإذا ارتفع سعرها باعها لم يصح . وظاهر انه إذا لم يشرط عليه الخزن فاشتري هو وخزن باختياره إلى ارتفاع السعر لم يضر لأنه إذا شرط لم يجعل التصرف إلي رأى العامل .

ولا يشرط عليه المالك شراء نوع نادر الوجود كخيل بلق أو معاملة شخص معين كقوله لا تبع إلا لزيد أولاً تشتر إلا منه ، ولا أن يوقت له مدة كسنة لأن المتاع والمدة المعينين قد لا يربح فيهما والنادر قد لا يجده والشخص المعين قد لا يتأتى من جهته ربح فى بيع أو شراء.

نوع العمل الذى يؤديه العامل :

والعمل الذى يجب علي العامل أن يؤديه هو ما جرت العادة به كنشر الثياب وطيها ، والإيجاب والقبول ، وقبض الثمن ووزن ما خف كالعود والمسك ، لأن إطلاقه الإذن يحمل علي العرف وقد جري العرف أن يتولي العامل هذه الأشياء بنفسه ، فإن لم يفعل واستأجر عليها لزمه دفع الأجرة من ماله الخاص ، بخلاف ما يثقل حمله فلا يلزمه أن يتولاه بنفسه بل

يستأجر من يقوم به من مال القراض فإن قام بذلك هو لم يستحق الأجرة لأنه تبرع به .

القيود الواردة علي حرية العامل فى العمل :

وليس للعامل أن يتصرف إلا فيما أذن فيه المالك فإن أذن له فى التجارة لم يملك الإجارة لأن تصرفه بالإذن فلا يملك إلا ما دخل فيه ولا يبيع إلا بثمن المثل ولا بثمن مؤجل لأنه يتصرف فى حق غيره فلا يملك إلا ما فيه النظر والاحتياط ، وليس فيما ذكرناه نظر ولا احتياط .

ووجه منع الشراء نسيئة إلا بإذن المالك أنه كما قال الرافعى قد يتلف رأس المال فتبقى العهدة متعلقة بالمالك . ولكل من المالك والعامل رد بعيب لأن لكل منهما حقاً فى المال هذا إن فقدت مصلحة الإبقاء بحيث لو أبقي لا يربح ولو فقد مصلحة الرد بأن استويا بأن كان الرد يحتاج إلى مؤنة كأجرة حمله إلى مكان البائع أو كان البائع مماطلاً بالثمن امتنع الرد ، وإذا كان الرد ممتنعاً فلا يجوز ولا ينفذ شرعاً.

ولا يعامل العامل المالك كأن يبيعه شيئاً من مال القراض لأن المال له ويأخذ حكم المالك فى ذلك وكيله ومأذونه وكذا امتناع معاملة أحد العاملين للآخر فى ماله وإن أثبت لكل منهما الاستقلال وخرج بمال المالك مال غيره كأن كان وكيلاً عن غيره فتجوز معاملته . ولا يشترى بأكثر من مال القراض وصورة الشراء بأكثر من مال القراض أن يقع الشراء فى عقدين بأن كان مال القراض مائة واشتري سلعة بمائة إما بعين تلك المائة أو فى الذمة ولم ينقدها فيهما ثم يشترى بخمسين من تلك المائة أو بها فإن الشراء الثانى باطل لتعين المائة للعقد الأول .

---

(١) راجع البجيرمى (ج٢ ص٦١٨) .

الركن الخامس : الربح : فإذا كان هناك ربح ، فإن هذا الربح يختص به المالك والعامل فلا يجوز شرط شيء منه لثالث لأن المالك يأخذ بملكه والعامل بعمله ، فإن قارضه علي أن لزوجته أولابنه أو لأجنبي ثلث الربح فالقراض باطل لأنه جعل لغيرهما منه شيئاً مع عدم العمل فإن شرط عليه العمل فهو قراض لاثنين . فإن شرط جزء الربح للمالك وجزءاً للعامل وجزء للمال أو الدابة التي يدفعها المالك للعامل ليحمل عليها مال القراض مثلاً فالظاهر الصحة ، وكأن المالك شرط لنفسه جزئين وللعامل جزءاً وهو صحيح[١] .

ويشترط مع هذا أن يكون الربح معلوماً لهما بجزئية كنصف وثلث فلو قال : قارضتك علي أن يكون لك في الربح حصة أو نصيباً أو جزءاً أو شيئاً منه فلا يصح للجهل بحصة العامل ، ولا يصح علي أن لأحدهما عشرة أوربح صنف لعدم العلم بالجزئية ولأنه قد لا يربح غير العشرة أو غير ربح ذلك الصنف فيفوز أحدهما بجميع الربح .

ويتضح من هذا أن الربح له ثلاثة شروط : كونه للمالك والعامل ، وكونه معلوماً ، وكون العلم بالجزئية كما سبق أن ذكرنا .

ويتفرع علي ذلك صور مختلفة :

(الأولى) لو قارض المالك العامل علي أن كل الربح للعامل فقراض فاسد في الأصح نظرا للفظ لأن القراض يقتضي المشاركة في الربح ولا توجد هذه المشاركة فكان فاسداً . وقيل : قراض صحيح نظرا للمعنى لأن أحدهما إذا انفرد به يصدق عليه اختصاصهما به إذ لم يشرط فيه شيء لثالث . وإن

---

(١) المرجع السابق.

قال المالك وكل الربح لى فقراض فاسد فى الأصح لما مر فيستحق العامل على المالك فى الأولى أجرة عمله دون الثانية. وقيل هو إبضاع أى توكيل بلا أجر ، والإبضاع بعث المال مع من يتجر فيه متبرعاً .

(الثانية) إذا قال المالك خذه وتصرف فيه والربح كله لك فقرض صحيح أو كله لى فإبضاع . وفارقت هذه الصورة الصورة المتقدمة بأن للفظ فيها صريح فى عقد آخر .

(الثالثة) إذا قال : قارضتك على أن الربح بيننا ، فالأصح الصحة ويكون نصفين كما لو قال هذه الداربينى وبين فلان ، فإنها تجعل بينهما نصفين .

والثانى : لا يصح لاحتمال اللفظ لغير المناصفة فلا يكون الجزء معلوماً كما لو قال: بعتك هذه الدار بألفٍ دراهم ودنانير . ولو قال : قارضتك على أن يكون الربح بيننا أثلاثاً لم يصح للجهل بمن له الثلث ومن له الثلثان.

(الرابعة) لو قال : قارضتك ولم يتعرض للربح فسد القراض لأنه خلاف وضعه .

حكم اختلاف العاقدين

وإذا حدث اختلاف بين العامل ورب المال فى قدر الربح فادعى العامل أنه النصف ، وادعى رب المال أنه الثلث تحالفا لأنهما اختلفا فى عوض مشروط فى العقد فيتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا فى قدر الثمن فإن حلفا صار الربح كله لرب المال ويرجع العامل بأجرة المثل لأنه لم يسلم له المسمي فرجع ببدل عمله .

أما إن اختلفا فى قدر رأس المال فقال رب المال ألفا ، وقال العامل خمسمائة، فإن لم يكن فى المال ربح فالقول قول العامل لأن الأصل عدم القبض فلا يلزمه إلا ما أقر به . وإن كان فى المال ربح ففيه وجهان :

أحدهما : أن القول قول العامل لما ذكرناه .

الثانى : أنهما يتحالفان لأنهما اختلفا فيما يستحقان من الربح كما لو اختلفا فى قدر الربح المشروط . والصحيح الأول ، لأن الاختلاف فى الربح المشروط اختلاف فى صفة العقد فيتحالفان كالمتبايعين إذا اختلفا فى قدر الثمن ، وهذا اختلاف فيما قبض ، فكان الظاهر مع الذى ينكر كالمتبايعين إذا اختلفا فى قبض الثمن فإن القول قول البائع .

متى يضمن العامل مال القراض ؟

والعامل أمين فيما فى يده من مال القراض ، فلا يضمن إلا بتفريط ، فإن تلف المال فى يده من غير تفريط لم يضمن ، لأنه نائب عن رب المال فى التصرف فلم يضمن من غير تفريط ، فإن كان القراض ألفا فاشترى بضاعة فى الذمة ثم تلف الألف قبل أن ينقد الثمن انفسخ عقد القراض لتلف رأس المال بعينه ، وعلى رب المال أن يدفع الثمن لأن العامل اشتراه له فكان الثمن عليه كما لو تلف الثمن فى يد الوكيل قبل أن ينقده . وقيل : علي العامل لأن رب المال لم يأذن له فى التجارة فيما زاد علي رأس المال . فإن تلف رأس المال بتفريط العامل فعليه الضمان كما إذا سافر فى بر أو بحر بغير إذن المالك لما فى ذلك من تعريض المال للخطـــر ومن ذلك أيضاً ما لو قارض العامل رجلين علي مالين ، واشتري لكل منهما حصاناً ثم اشكل عليه الأمر فلم يعرف ما يخص كلا منهما . فى هذه الحالة قيل : يباع الحصانان ، فإن

لم يكن فيهما ربح ، قسم المال بينهما ولا شيء للعامـل ، وإن ربـح شاركهما فيه . وإن خسر فيهما ضمن العامل ما نقص لأنه إنما حصل بتفريطه .

وقيل : إن الحصانين للعامل ، ويلزمه قيمتهما لأنه تعذر ردهما بتفريطه فلزمه ضمانهما كما لو أتلفهما .

هل ينفذ تصرف العامل فى القراض الفاسد ؟

لا فرق عندنا بين العقد الفاسد والعقد الباطل ، فهما بمعني واحد ، والعقد يبطل أو يفسد بفقد ركن من أركانه أو شرط من شروطه السابقة بأن يكون رأس مال القراض ليس نقداً أو يكون الربح غير معلوم أو يكون العاقدان قد شرطا خلاف ما يقتضيه العقد وهو أن يكون الربح لأحدهما وإذا فسد العقد نفذ تصرف العامل لأن العقد إذا بطل فقد بقى الإذن فيملك به التصرف ، فإن حصل ربح فى المال سقط حق العامل فى الربح لبطلان العقد، ولا يكون له إلا أجر المثل إن كان لا يرضى أن يعمل إلا بعوض ، فإن رضى بذلك كأن يكون قارضه على أن الربح كله لرب المال فلا يستحق شيئاً لأنه رضى أن يعمل من غير عوض فصار كالمتطوع بالعمل من غير قراض وهذا هو قول المزنى . وخالف فى ذلك أبو العباس فقال باستحقاقه أجر المثل ، لأن العمل فى القراض يقتضى العوض فلا يسقط كالوطء فى النكاح .

وإن ظهر فى المال ربح فمتى يملك العامل حصته منه ؟ فى هذه المسألة ثلاثة آراء : الأول : قبل الظهور كرب المال . والثانى : بالقسمة لأنه لو ملكه بالظهور لكان شريكاً لرب المال وإذا هلك شيء كان هالكاً من المالين وليس كذلك ومع أنه يملكه بالقسمة فإنه لا يستقر ملكه إلا إذا وقعت بعد الفسخ

ونضوض رأس المال أى صار نقداً ، حتي لو حصل بعد القسمة نقص جبر بالربح المقسوم .

ويملك العامل حصته من الربح بقسمته لأنه لو ملكها بالظهور وقبل القسمة لكان شريكاً فى المال فيكون النقص الحادث بعد ذلك محسوباً عليهما وليس كذلك لكنه إنما يستقر ملكه بالقسمة إن نض رأس المال وفسخ العقد حتي إذا حصل بعد القسمة نقص جبر بالربح المقسوم ويستقر فى ملكه أيضاً بنضوض المال والفسخ بلا قسمة . ومعني هذا أن ملكيته للربح لا تكون ثابتة ومستقرة ونهائية إلا بنضوض رأس المال وفسخ العقد سواء تمت القسمة أو لا . أما مجرد ظهور الربح فلا يملك به الربح لكن يثبت له فيه حق مؤكد فإن مات يورث عنه ، ويقدم به علي الغرماء وعلي مؤن تجهيز المالك لتعلقه . بعين المال . ولا يدخل فى الربح كل زيادة ناشئة من عين المال من غير تصرف العامل لأنه ليس من فوائد التجارة كثمر ونتاج وغيرها من سائر الزوائد العينية الحاصلة بغير عمل ولو اشتري حيواناً حاملاً أو شجراً عليه ثمر غير مؤبر فالأوجه إن الولد والثمر من مال القراض فلا يختص بالمالك وحده بل يكون بينهما[1] .

وقيل : إن العامل يملك حصته من الربح لأنه أحد المتقارضين فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال.

حكم طلب أحد المتعاقدين فسخ العقد :

عرفنا مما سبق أن القراض عقد جائز لكل واحد من المتعاقدين أن يفسخ العقد متي شاء لأنه تصرف فى مال الغير بإذنه فملك كل منهما

(١) راجع حاشية البجيرمى (جـ٢ص٦٢٠).

فسخه كالوديعة والوكالة فإن فسخ العقد وكان المال من غير جنس راس المال وتقاسماه جاز ، وإن باعاه جاز لأن الحق لهما ، وإن طلب العامل البيع وامتنع رب المال أجبر لأن حق العامل فى الربح لا يحصل إلا بالبيع . فإن قال رب المال أنا أعطيك مالك فيه من الربح وامتنع العامل . فإن قلنا إنه ملك حصته من الربح بالظهور لم يجبر علي أخذه كما لو كان بينهما مال مشترك وبذل أحدهما للآخر عوضاً . وإن قلنا إنه لا يملك حصته بالظهور ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجبر علي بيعه لأن البيع لحقه وقد بذل له حقه . والثانى : أنه يجبر لأنه ربما زاد فى القيمة .

وأن طلب رب المال البيع وامتنع العامل أجبر على بيعه لأن حق رب المال فى رأس المال ولا يحصل ذلك إلا بالبيع . فإن قال العامل أنا أترك حقى ولا أبيع فإن قلنا إن العامل يملك حصته بالظهور لم يقبل منه لأنه يريد أن يهب حقه وقبول الهبات لايجب . وإن قلنا إنه لا يملكه بالظهور ففيه وجهان أحدهما لا يجبر على بيعه لأن البيع لحقه وقد تركه فسقط . والثانى : يجب لأنه البيع لحقه ولحق رب المال فى رأس ماله فإذا رضى بترك حقه لم يرض رب المال بترك رأس ماله .

الفصل الرابع

اللقطة والأحكام المتعلقة بها

تعريف اللقطة لغة :

جاءت اللقطة فى اللغة : بفتح القاف اسم للمتلقط قال الخليل ابن أحمد لأن ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل ، كقولهم همزة ولمزة وضحكة وهزأة ، واللقطة بسكون القاف : المال الملقوط مثل الضحكة بالسكون بمعنى المضحوك عليه كثيراً ، وقال الأصمعى وابن الأعرابى والفراء هو بفتح القاف اسم للمال الملقوط ايضاً ، ومعناها فى اللغة ما وجد على تطلب قال تعالى : فالتقطه آل فرعون . قال ابن عرفة الالتقاط وجود الشىء من غير طلب .

تعريف اللقطة شرعاً :

أما تعريفها شرعاً فلها تعريفات كثيرة : قال بعضهم . اللقطة هى المال الضائع من ربه يلتقطه غيره . وعرفها صاحب كفاية الأخيار بقوله : الالتقاط فى الشرع ، أخذ مال متحرم من مضيعة لحيفظه أو ليتملكه بعد التعريف .

وفى هذين التعريفين نظر . لأن كلا منهما غير جامع لأنه يخرج منه الكلب المعلم ، فإن الكلب المعلم لاشك فى جواز التقاطه للحفظ وهو ليس بمال محترم وإنما هو اختصاص لأنه نجس .

ولهذا قال صاحب المنهاج فى تعريف اللقطة : ما ضاع من مالكه بسقوط أو غفلة أو نحوهما . فقوله : ما ضاع من مالكه معناه أى شىء ضاع ، فيشمل المال والاختصاص كالسرجين وجلد الميتة لأن ما للعموم وقوله من مالكه ليس بقيد فى التعريف فيشمل المال الضائع من المستعير والمستأجر والغاصيب ، فالتعبير بالمالك جرى على الغالب . فيكون المراد من المالك من له

اليد على الشيء . وقوله بسقوط أو غفلة أن يكون ذلك المال سقط من صاحبه أو غفل عنه فضاع وقوله ونحوهما أى أن المال الذى ضاع بنوم أو هرب أو إعياء بعير فتركه صاحبه أو ضاع بسبب عجزه عن حمل ثقيل فألقاه فيكون لقطةً لمن وجده .

وقال الشيخ عميرة فى تعريف المال الملقوط : وشرعاً : ما وجد من مال أو مختص ضائع لغير حربى ليس بمحرز ولا ممتنع بقوته ولا يعرف الواجد مالكه .

فقوله لغير حربى ، خرج به مال الحربى إذا دخل دارنا بغير أمان ، فإن المأخوذ منه غنيمة لا لقطة فإن كان بأمان ودخل دارنا للتجارة فالمأخوذ منه لقطة وإن كان غير محترم .

وخرج بغير المحرز المال المحرز وهو الموجود فى المكان المملوك ، فلا يكون لقطة بل هو لمالكه إن ادعاه وإلا فلمن تلقى الملك عنه وهكذا حتى ينتهى الأمر إلى المحيى فيكون له وإن نفاه ، لأنه ملك الأرض وما فيها بالإحياء ، ولم يخرج عن ملكه ببيع الأرض لأنه لا يتبع الأرض فى البيع وهذا هو المعتمد .

وقيل : هو له إن ادعاه ، فإن لم يدعه فهو لقطة كما قال المتولى وأقره فى الروضة . ليس له إلا أن يحفظه بعينه . وخرج به أيضاً : ما ألقته الريح فى ملك إنسان أو ألقاه هارب فى حجره ولم يعلم مالكه أو ألقته البحار على السواحل من أموال الغرقى أو وجده عند مورثه من الودائع المجهولة ولم تعرف ملاكها ، فأمره لبيت المال يتصرف فيه الإمام فإن كان جائراً فأمره لمن هو فى يده ، فإن عرف المالك لشيء من ذلك ولو بعد زمان طويل فهو باق على ملكه ولا رجوع لآخذه على مالكه بما أنفقه عليه ولو حيواناً ومنه جمل

أعيى وأثقله الحمل فتركه صاحبه فى البرية فلا يكون لقطة ولا يملكه الأخذ له وعند الإمام أحمد والليث يملكه من أخذه . وعند الإمام مالك لا يملكه ولكن يرجع على مالكه بما صرفه عليه . وخرج بقوله : ولا ممتنع بقوته مما كان ممتنعاً بقوته كالإبل فلا يجوز . التقاطها وخرج بقوله ولا يعرف الواجد مالكه ما إذا كان يعرف مالك المال الضائع فليس بلقطة بل يرده على مالكه .

حكم اللقطة :

اللقطة مشروعة والأصل فى مشروعيتها الآيات الآمرة بالبر والإحسان إذ فى التقاطها وأخذها للحفظ والرد على مالكها إحسان وبر ومنها قوله تعالى: ﴿وتعاونوا علي البر والتقوي ولا تعاونوا علي الإثم والعدوان﴾(١) .

وأما دليل مشروعيتها من السنة فمنها ما رواه زيد بن خالد الجهنى رضى الله عنه أن النبى ﷺ سئل عن لقطة الذهب والورق فقال : « اعرف وكاءها وعفاصها وعرفها سنة ، فإن لم تعرفها فاستبقها ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادها إليه ، وساله عن ضالة الإبل فقال : مالك ولها ؟ دعها فإن معها حذاءها وساءقها ترد الماء وتاكل الشجر حتى يلقاها ربها، وساله عن الشاة فقال : خذها فإنما هى لك أو لأخيك أو للذئب»(٢) . رواه الشيخان وله طرق وألفاظ والوكاء هو الذى تشد به اللقطة والعفاص : هو الوعاء الذى تكون فيه .

وأجمع المسلمون على جواز الالتقاط فى الجملة .

---

(١) من الآية (٢) من سورة المائدة .

(٢) رواه مالك فى الموطأ والشافعى عنه من طريقه وهو متفق عليه من طرق بألفاظ (التلخيص الحبير ج٣ ص٧٣).

ولكن هل يكون الالتقاط مستحباً أو واجباً أو كيف الحال؟

فى الجواب عن هذا التساؤل تفصيل : فيكون مستحباً بشروط نذكرها فيما يلى :

١ - أن يكون الملتقط حراً رشيداً لأن اللقطة فيها معنى الولاية وغير الحر الرشيد ليس من أهل الولاية .

٢ - أن يأمن على نفسه عدم الخيانة منها ، فإن كان لا يأمن على نفسه فلا يصح التقاطه دفعاً للخيانة عن نفسه .

٣ - أن تكون اللقطة يمكن تعريفها . كالذهب والفضة والجواهر والثياب وغير ذلك .

٤ - أن لا يكون الموضع الذى وجدها فيه مملوكاً ولا دار شرك لأن الموجود فى المكان المملوك ليس لقطة بل مملوك لمالك الموضع فى الغالب والموجود فى دارالشرك غنيمة .

٥ - أن لا يكون ذلك فى البلد الحرام بمكة لأن لقطة مكة لا يجوز التقطها للتملك وإنما يلتقط للحفظ على مالكها وسيأتى تفصيل ذلك .

٦ - أن يأمن عليها لأمانة أهل المكان الذى وجدها فيه .

فإذا اجتمعت هذه الشروط فالالتقاط للتملك جائز أى مستحب لما رواه عبد اللّه بن عمرو بن العاص أن النبى ﷺ سئل عن اللقطة فقال : ما كان منها فى طريق مئتاء ، فعرفها حولا فإن جاء صاحبها وإلا فهى لك ، وما كان منها فى خراب ففيها وفى الركاز الخمس .

وقيل : له أن يلتقطها للحفظ على صاحبها لقوله تعالى : ﴿ وتعاونوا

علي البر والتقوي ﴾ ولما رواه أبو هريرة أن النبى ﷺ قال : « من فرج عن مؤمن كربة من كرب الدنيا ، فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله فى عون العبد ما دام العبد فى عون أخيه »[١] .

وإن كانت فى موضع لا يأمن عليها ، فهل يلزمه أخذها ؟

فيه خلاف ينحصر فى قولين :

الأول : يجب ، لقوله تعالى : ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾[٢] أى يلزم بعضهم حفظ مال بعض . كما أن ولى مال اليتيم يلزمه حفظ مال اليتيم .

الثانى : لا يلزمه الالتقاط بل يستحب وهو الصحيح . لأن الالتقاط أمانة ابتداء إكتساب انتهاء ولا يجب كل منهما ، فإن تعين للأخذ وخاف الضياع فينبغى الوجوب حينئذ ، ولكن إذا قلنا بوجوب التقاط اللقطة ، فلم يأخذها حتى تلفت لم يضمنها ، لأن المال لم يحصل فى يده كما لو رأى مال شخص يغرق أو يحترق وأمكنه إنقاذه فلم يفعل ، فلا يلزمه الضمان .

هذا إذا كانت اللقطة فى موات أو طريق أو مسجد أو رباط أو مدرسة ونحوهما من محال اللقطة .

لقطة الحرم : أما لقطة الحرم فلا يجوز له أن يأخذها للتملك بل يأخذها للحفظ على صاحبها .

وقيل بجواز التقاطها للتملك لأنها أرض مباحة فجاز أخذ لقطتها للتملك كغير الحرم .

---

(١) متفق عليه (رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين للإمام النووى تحقيق مصطفى محمد عمارة ١٢٦.

(٢) من الآية (٧١) من سورة التوبة .

والمذهب الأول لما رواه ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : « إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والأرض فهو حرام إلى يوم القيامة لم يحل لأحد قبلى ولا يحل لأحد بعدى ولم يحل إلا ساعة من نهار وهو حرام إلى يوم القيامة لا ينفر صيده ولا يعضد شجره ولا تلتقط لقطته إلا لمعرِّف . فمن التقط فيلزمه المقام للتعريف بمكة ، فإن كان لا يمكنه المقام بها دفع اللقطة إلى الحاكم ليعرفها من سهم المصالح .

ويؤخذ من الشرط الثانى وهو أن يكون الملتقط ممن يأمن على نفسه عدم الخيانة ، أنه إذا كان لا يثق بنفسه فالأولى أن لا يأخذها وهو كذلك . وذلك خشية الخيانة فيها فى المستقبل ، فإن علمها حرم .

وقيل : يجوز لغير الواثق بأمانة نفسه الالتقاط مع كونه خلاف الأولى .

وقال أحمد رضى الله عنه : الأفضل ترك الالتقاط وروى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وبه قال جابر وابن زيد والربيع بن خيثم وعطاء ومر شريح بدرهم فلم يعرض له .

لقطة الفاسق :

أما الفاسق فيكره له الالتقاط لئلا تدعوه نفسه إلى الخيانة . فإذا التقط للتملك صح مع الكراهة وهذا هو المذهب . وإن التقط للحفظ حرمت اللقطة ومن أخذها منه فهو اللاقط .

والأظهر أن تنزع اللقطة من الفاسق وتوضع عند عدل .

وقيل : لا تنزع ولكن يضم إليه عدل ليكون مشرفاً عليه .

لقطة الكافر والمرتد :

وكذلك الكافر والمرتد يصح التقاطهما لأن الإسلام ليس شرطاً فى

صحة اللقطة فيصـــح اللقط منـــه ولو فى دار الإســــلام ، وهــــذا فى الكافر المعصوم لكن المعتمد أن المرتد لا يتملك بعدالتعريف ، لأن ملكه موقوف .

حكم الإشهاد على اللقطة :

المذهب أن الإشهاد على اللقطة لا يجب بل هو مندوب سواء أكان الالتقاط للتملك أم للحفظ نظراً لما فى اللقطة من معنى الاكتساب وأما قوله ﷺ فى خبر أبى داود « من التقط فليشهد ذا عدل أو ذوى عدل ولا يكتم ولا يغيب » فالأمر فيه محمول على الندب .

ويرى البعض أنه يفرق بين اللقطة واللقيط فلا يجب على اللقطة لأن فيها اكتساب مال واكتساب المال لا يجب الإشهاد عليه كالبيع ويجب على اللقيط لأنه يحفظ به النسب فوجب الإشهاد عليه كالنكاح .

ولكن إذا أشهد عليها فهل يذكر فى الإشهاد صفات اللقطة أو يسكت عنها ؟ فيه وجهان : أصحهما عند البغوى أنه يسكت عن ذكر صفاتها لئلا يتوصل إليها كاذب . وقال الشافعى : يذكر بعضها ليكون فى الإشهاد فائدة وهذا ما صححه النووى فى الروضة .

وعلى ذلك فيسن له مع الإشهاد تعريف شيء من اللقطة للشهود فإن استوعب الصفات للشهود كره ولا يضمنها بخلاف مالو استوعبها فى التعريف فإنه يضمنها .

والفرق أن الشهود محصورون ولا تهمة فيهم بخلافه فى التعريف فربما يعتمد الكاذب الصفات التى يذكرها ، فإن حصل ذلك كان ضامناً .

لقطة المحجور عليه :

وإن وجد المحجور عليه لسفه أو جنون أو صغر شيئاً صح التقاطه لأنه كسب بفعل فصح من المحجور عليه كالاصطيادو على الناظر فى أمره أن ينتزعها منه ويعرفها لأن اللقطة فى مدة التعريف أمانة والمحجور عليه ليس من أهل الأمانة ، وإذا نزع الولى اللقطة من يد المجور عليه وعرفها فلا تؤخذ مؤنة التعريف من مال المجور عليه ، بل يراجع الحاكم ليقترض عليه أو يبيع جزءاً منها ، وبعد تعريفها إن لم يظهر مالكها يتملكها الولى للصبى ونحوه إن رأى المصلحة فى ذلك وإلا حفظها أوسلمها للقاضى .

ولكن متى يجوز للولى أن يتملك اللقطة للصبى ؟ يجوز له التملك إن كان يصح له الاقتراض عليه لأن التملك بالالتقاط كالتملك بالاقتراض فى ضمان البدل .

أما إذا قصر الولى فى انتزاعها من المحجور عليه حتى تلفت ضمنها سواء كان التلف بإتلاف الصبى أو غيره حتى ولو كان ذلك الولى هو الحاكم وإذا لم يقصر فى انتزاعها منه ثم تلفت فلا ضمان على أحد .

حكم معرفة أوصاف اللقطة عند أخذها :

إذا أخذ الملتقط اللقطة ، فإن كانت بنية الحفظ وجب عليه أن يعرف أوصافها عقب أخذها مباشرة وهذا ما قاله ابن الرفعة . لكن كلام الجمهور يوحى أن معرفة هذه الأوصاف عقب الأخذ مستحب ، وهو ماقاله الأذرعى وغيره وهو المعتمد .

أما إذا أخذها بنية التملك بعد تعريفها كما سأتى ، فيجب أن يعرف هذه

الأوصاف ، ليعرف ما يدخل فى ضمانه .

ولكن ماهى الأوصاف التى يجب أو يسن معرفتها عقب الأخذ ؟ أما عن الأوصاف التى يجب أو يسن معرفتها عقب أخذ اللقطة فهى أربعة إجمالاً ثمانية تفصيلاً . أما الأربعة فهى أن يعرف عفاصها ، ووكاءها ، وجنسها وقدرها . والقدر يدخل تحته العدد فى المعدود والوزن فى الموزون والكيل فى المكيل والذرع فى المذروع . والجنس يشمل : صنفها وصفتها من صحة وتكسير ونحوهما ، ومن هنا فإنه يراد بالجنس ما يشمل الصنف والصفة ، ويراد بالقدر ما يشمل العد والوزن والكيل والذرع .

والعفاص هو الوعاء الذى تكون فيه اللقطة والوكاء هو ما تشد به ، وقيل : العفاص هو السدادة ويطلق على الوعاء مجازاً والجمهور على أن العفاص هو الوعاء وباقى الصفات معروفة .

أما معرفة العفاص والوكاء فلما روى زيد بن خالد الجهنى أن النبى ﷺ سئل عن اللقطة فقال : اعرف عفاصها ووكاءها وعرفها سنة ، فإن جاء من يعرفها وإلا فاخلطها بمالك .

وأما العدد فلما روى البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال :« وجدت صرة فيها مائة دينار فأتيت بها النبى ﷺ فقال : عرفها فعرفتها حولاً ، ثم أتيته فقال : عرفها حولاً ، فعرفتها حولا ، ثم أتيته فقال : عرفهافعرفتها حولاً، ثم أتيته الرابعة فقال : اعرف عدتها ووكاءها ووعاءها فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها »[١] .

---

(١) متفق عليه من حديث أبىّ والسياق لمسلم (التلخيص ج٣ ص٧٥) .

فنص على العفاص والوكاء والعدد وباقى الصفات بالقياس لأنها صفات تتميز بها اللقطة فأشبهت المنصوص عليه .

وإنما طلب من الملتقط أن يعرف هذه الأشياء حتى لا تختلط اللقطة بماله ، ويعرف بها صدق من يدعيها .

حكم تعريف اللقطة :

تعريف اللقطة يختلف حكمه فهو تارة يكون واجباً وتارة أخرى يكون مندوباً وذلك بحسب إرادته ونيته عند الالتقاط ، فإن كان قد التقط للحفظ دون التملك لم يلزمه التعريف ، لأن التعريف للتملك وهو لم ينو التملك فلا يكون واجباً بل هو مستحب . وإن نوى التملك كان التعريف واجباً .

ولكن المعتمد فى المذهب أن التعريف واجب مطلقاً سواء كان للحفظ أو التملك . قال النووى وهو الأقوى والمختار .

وإذا نوى التملك فلا يتملك إلا بعد تعريف اللقطة سنة لحديث زيد بن خالد الجهنى فإنه ﷺ حينما سئل عن لقطة الذهب والوَرِق[١] فقال : « اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة » ، فدل ذلك على أن التعريف مدته سنة فإن لم يظهر مالكها فله أن يتملك اللقطة إن أراد .

حكمة التعريف سنة :

والحكمة فى اعتبار السنة أن القوافل لا تتأخر فيها غالباً ولأنه لو لم يعرف سنة لضاعت الأموال على أربابها ، ولو جعل التعريف أبداً لامتنع الناس من التقاطها فكان فى اعتبار العام مراعاة مصلحة الفريقين معاً .

---

(١) الورق هى الفضة .

أهم المسائل المتعلقة بتعريف اللقطة :

١ ـ لو مات الملتقط فى أثناء السنة بنى مورثه على ما مضى كما بحث الزركشى .

٢ ـ ولو التقطها اثنان عرفها كل واحد نصف سنة ، بأن يعرفها أحدهما يوماً ثم الآخر يوماً ثم جمعة وجمعة ثم شهراً وشهراً ، لأنها لقطة واحدة والتعريف من كل منهما لكلها لا لنصفها لأنها إنما تقسم بينهما عند التملك وهذا هو الأشبه كما قاله السبكى . ولكن خالف فى ذلك ابن الرفعة فقال . يعرف كل واحد منهما سنة لأنه ملتقط لنصفها وهو كلقطة كاملة .

اللقطة التى يجب تعريفها :

إن كانت اللقطة مما لا يطلب كالثمرة واللقمة لم تعرف لما روى أنس قال : مر رسول الله ﷺ على تمرة فى الطريق مطروحة فقال : « لولا أن أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها » .

وإن كانت مما يطلب إلا أنه قليل ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يعرف القليل والكثير سنة وهو ظاهر النص لعموم الأخبار.

الثانى : لا يعرف الدينار ، لما روى أن علياً كرم الله وجهه وجد ديناراً فعرفه ثلاثاً فقال له النبى ﷺ : « كله أو شانك به » .

والثالث : يعرف ما يقطع فيه السارق ، ولا يعرف ما دونه ، لأنه تافه ، ولهذا قالت عائشة رضى الله عنها : « ما كانت اليد تقطع على عهد رسول الله ﷺ فى الشىء التافه » .

هل التعريف واجب على التوالى أم يكفى تعريف سنة متفرقة ؟ فيه وجهان .

أحدهما : أنه واجب على التوالى فمتى بدأ فيه ، فلا يجوز قطعه فإن قطعه استأنفه من جديد ، لأنه إذا قطع لم يظهر أمر اللقطة ولم يظهر طالبها .

والثانى : يجوز له قطع التعريف لأن اسم السنة يقع عليها ، ولهذا لو نذر صوم سنة جاز أن يصوم سنة متفرقة .

الأوقات والمواطن التى تعرف فيها اللقطة :

يجب أن يكون تعريف اللقطة فى أوقات اجتماع الناس كأوقات الصلوات وغيرها ، وفى المواضع التى يجتمع الناس فيها كالأسواق وأبواب المساجد عند خروج الناس من الجماعات لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك ، ويكثر من التعريف فى الموضع الذى وجدها فيه ، لأن من ضاع منه شىء يطلبه فى الموضع الذى ضاع فيه ، وعلم من قوله على أبواب المساجد أنه لا يعرف فيها لما روى جابر قال ، سمع رسول الله ﷺ رجلا ينشد ضالة فى المسجد فقال له النبى ﷺ « لاوجدت » وفى رواية أنه ﷺ قال له : « أنت الفاقد وغيرك الواجد » وذلك لأنه ﷺ كان يكره أن ترفع فيه الأصوات .

فإن عرفها فى المسجد فيحرم التعريف إن شوش وإلا كره له ذلك وبهذا يمكن الجمع بين قول من قال إنه يكره التعريف فى المساجد وقول من قال بأنه يحرم التعرف فيها إلا أنه لا يكره أن يسأل بعض من فيها من غير صورة تعريف وشملت المساجد مسجد المدينة الشريفة والمسجد الأقصى .

وأما المسجد الحرام فيجوز التعريف فيه لأنه مجمع الناس بخلاف سائر المساجد وهذا أصح الوجهين ، ومقتضاه التحريم فى بقية المساجد إلا أن النووى فى شرح المهذب نقل كراهة التعريف فى المسجد الحرام .

مدة التعريف وكيفيته :

قلنا إن الملتقط إذا أراد تملك اللقطة عرفها ويكون التعريف على العادة زماناً ومكاناً أى فى الزمان والمكان المعتاد للتعريف فالزمان سنة من وقت التعريف وليس من وقت الالتقاط ولا يجب استيعاب السنة بالتعريف بل يعرف أولاً كل يوم مرتين طرفى النهار لا ليلاً ولا وقت القيلولة ثم يعرف بعد ذلك كل أسبوع مرة أو مرتين وعلى كل حال فإن مراتب التعريف أربعة :

المرتبة الأولى : أن يعرف كل يوم مرتين طرفى النهار أسبوعاً .

المرتبة الثانية : أن يعرف كل يوم طرفه أسبوعياً أو أسبوعين .

المرتبة الثالثة : أن يعرف كل أسبوع مرة أو مرتين إلى أن تتم سبعة أسابيع.

المرتبة الرابعة : أن يعرف كل شهر مرة أو مرتين إلى أخر السنة . وهذا هو المشهور .

وقيل : إنه يعرف كل مدة من هذه المدد ثلاثة أشهر فيعرف كل يوم مرتين طرفيه ثلاثة أشهر ، ثم يعرف كل يوم طرفه مرة ثلاثة أشهر ثم يعرف كل أسبوع مرة ثلاثة أشهر ثم كل شهر مرة ثلاثة أشهر وهو ضعيف .

وقيل : إن ما ذكروه ليس متعيناً . والضابط المعتمد أن يكون التعريف بحيث لا يكون التعريف الثانى تكراراً للأول بأن ينسب بعض مرات التعريف إلى بعض .

وإنما جعل التعريف فى الأزمنة الأولى أكثر لأن تطلب المالك فيها أكثر وإنما كان فى كل يوم مرتين طرفى النهار لأنهما وقت اجتماع الناس ولذلك

قال : لا ليلاً ولا وقت القيلولة لأنهما ليسا من أوقات الاجتماع بل من أوقات النوم والراحة غالباً.

وإذا كان التعريف متفرقاً فهل يكفى ذلك فى التعريف ؟ الأصح أن ذلك يكفى لأنه عرف سنة وصحح هذا الرأى الإمام النووى فى الروضة وقيل : لا يكفى سنة مفرقة ، كأن يعرف شهراً ويترك شهراً وهكذا ، لأنه لا يظهر فيه فائدة التعريف ، والأصح أنه لا تجب المبادرة فى التعريف كما أفاده العطف ثم حيث قال : ويعرف جنسها وصفتها وقدرها وعفاصها ووكاءها ثم يعرفها فى الأسواق إلى آخره .

وكيفية التعريف أن يقول : من ضاع منه شىء أو من ضاع منه دنانير ولا يزيد عليها لأنه قد يعتمدها الكاذب فيدعيها . فإن ذكر النوع والقدر والعفاص والوكاء ففيه وجهان :

أحدهما : لا يضمن لأن مجرد ذكر الصفة لا يوجب الدفع .

والثانى : يضمن لأنه لا يؤمن أن يحفظ ذلك رجل ثم يرافعه إلى حاكم يوجب الدفع بذكر الصفة .

هل يلتزم الملتقط بمؤنة التعريف إن كان للتعريف مؤنة ؟

الحكم فى ذلك يتوقف على قصد الملتقط ونيته ، فإن كان قد أخذ اللقطة لحفظها على مالكها أو أطلق بأن لم يقصد حفظها ولا تملكها فلا يلتزم بمئونة تعريفها وهذا إذا قلنا بوجوب التعريف وإنما كانت مؤنة التعريف على المالك دون الملتقط فى هذه الصورة لأن الحفظ للمالك .

وعلى القاضى أن يرتبها من بيت المال إن كان فى بيت المال سعة ويكون ما دفعه بيت المال قرضاً على صاحب اللقطة وقيل يتبرع بها بيت المال . فإن

لم يكن فى بيت المال سعة أمر الحاكم الملتقط أن يقترض وإذا أمره بالاقتراض فلا فرق بين أن يكون من اللاقط أو غيره وفى معنى ذلك أن يأمره بصرفها ليرجع بها على المالك أو يبيع جزءاً منها إن رأى فى ذلك المصلحة للمالك ، فإن كانت مؤنة التعريف بقدر قيمة اللقطة بيعت بنقد ثم يحفظ النقد لعدم احتياجه إلى مؤنة وبهذا قال ابن عبد السلام .

وعلى القول بعدم وجوب التعريف عليه ، إن عرفها فهو متبرع إن كان غير محجور عليه ، فإن كان محجوراً عليه لصغر أو سفه أو نحوهما فلا يجوز للولى أن يتبرع بها من مال المحجور عليه بل يرفع الأمر إلى القاضى .

أما إن أخذها ليتملكها أو يختص بها ولو بعد لقطها للحفظ أو كان لقطها لها للخيانة فمؤنة التعريف عليه ما لم يعدل إلى قصد الأمانة والحفظ ، فإن عدل فلا مؤنة عليه وهذا فى غير المحجور عليه . أما المحجور عليه فلا مؤنة عليه فى ماله بل يراجع وليه الحاكم ليبيع جزءاً منها أو يقترض عليه كما سبق .

وقيل : إن لم يتملك بالفعل بأن ظهر مالكها فالمؤنة على المالك لعود فائدة التعريف إليه .

والمراد بالتملك عدم الأخذ للحفظ ، فإن أخذها للحفظ فلا مؤنة عليه وإن قصد التملك فمؤنة التعريف عليه سواء تملك بعد ذلك أو لا ، لأن المدار على قصد التملك وإن لم يتملك بالفعل .

الفرق بين اللقطة وبين الضوال :

هناك فرق بين اللقطة والضوال لوجود اختلاف بينهما فى الجنس والحكم ، فالضوال تكون من الحيوان لأنه يضل بنفسه ، واللقطة فى غير

الحيوان سميت بذلك لالتقاط واجدها لها .

وهذه اللقطة إن كانت مما لا يبقى كالطعام الرطب أو ما لا يبقى كالشواء والطبيخ والخيار والبطيخ فهو مخير بين أن يأكله ويغرم البدل وبين أن يبيعه ويحفظ الثمن .

وخرج المزنى قولاً آخر وهو أنه يلزمه البيع ، ولا يجوز له الأكل والمذهب الأول لأنه معرض للهلاك فخير بين البيع والأكل وإن كانت مما لا يبقى ولكن يمكن التوصل إلى حفظها كالرطب والعنب ، فإن كان الأنفع لصاحبها أن تباع ، بيعت ، وإن كان الأنفع أن تجفف جففت وإن احتاج إلى مؤنة فى تجفيفه ولم يوجد من يتطوع بها ، باع بعضها وأنفق عليها .

وإن كانت اللقطة مما يبقى كالدراهم والدنانير والثياب والحلى والقماش فهذه اللقطة هى التى تعرف لأن رسول الله ﷺ حين سئل عن لقطة الذهب والرق قال: اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة «فإن لم تعرف فاستنفقها، ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه .. »[١] .

وإن وجد مالا مدفوناً فضربان : جاهلى أو إسلامى ، فإن كان إسلامياً فلقطة أيضاً وهى على ما ذكرنا ، وإن كان جاهلياً فهو ركاز يملكه واجده وعليه إخراج خمسه فى مصـرف الزكوات لحديث « وفى الركاز الخمس»[٢] .

وإن كانت اللقطة بمكة فمذهب الشافعى رضى الله عنه أنه ليس

---

(١) الحديث متفق عليه من طرق بألفاظ والسائل قيل : هو خالد الراوى وقيل : بلال ، وقيل : عمير والد مالك ...وقيل : سعيد الجهنى والد عقبة (التلخيص ج٣ ص٧٣ .

(٢) حديث : « وفى الركاز الخمس ، وفى المعدن الصدقة » لم أجده هكذا ولكن اتفقا على الجملة الأولى من حديث أبيهريرة ، وله طرق (التلخيص الحبير) ج٢ ص١٨١ ، ١٨٢) .

لواجدها أن يتملكها ، وعليه إن أخذها أن يقيم على تعريفها أبداً بخلاف سائر البلاد.

وقال بعض أصحابنا : مكة وغيرها سواء فى اللقطة استدلا لا بعموم الخبر ، وهذا خطأ لقوله ﷺ : « إن أبى إبراهيم حرم مكة ، فلا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا تحل لقطتها إلا لمنشد »[١] ، أى لمعرف يقيم على تعريفها ولا يتملكها ، ولأن مكة لما باينت غيرها فى تحريم صيدها وشجرها تغليظاً لحرمتها باينت غيرها فى تلك اللقطة .

فأما عرفة ومصلى إبراهيم عليه السلام ففيه وجهان :

أحدهما : أنه من الحل فتحل لقطته قياساً على جميع الحل .

والثانى : أنه كالحرام لا تحل لقطته إلا لمنشد لأن ذلك مجمع الحاج.

فروع :

الفرع الأول : إذا وجد شيئاً لا قيمة له كزبيبة ونحوها فلا يعرِّف ، ولواجده الاستبداد به والتصرف فيه ، وإن وإن وجد شيئاً له قيمة وهو قليل : فالأصح أنه لا يعرف سنة بل يعرف زمناً يظن أن فاقده يعرض عنه غالباً .

وضابط القليل ، ما يغلب على الظن أن فاقده لا يكثر أسفه عليه ولا يطول طلبه له غالباً . فهذا لا يعرِّف بل يستقل به واجده وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه رأى رجلاً يعرِّف زبيبة فضربه بالدرة وقال : إن من الورع ما يمقت الله عليه .

الفرع الثانى : إذا ضاعت اللقيطة من ملتقطها بغير تفريط فلا

---

(١) متفق عليه من حديث ابن عباس .. والمنشد كما قال الشافعى هو الواجد ، والناشد المالك أى لا تحل إلا لمعرف يعرفها ولا يتملكها (التلخيص الحبير ج٣ ص٧٦) .

ضمان عليه لأنها أمانة في يده فأشبهت الوديعة ، فإن التقطها آخر فعرف أنها ضاعت من الأول فعليه ردها إليه لأنه قد ثبت له حق التملك وولاية التعريف والحفظ فلا يزول ذلك بالضياع ، فإن لم يعلم الثانى بالحال حتى عرّفها حولا ملكها لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان .

فثبت الملك به كالأول ، ولا يملك الأول انتزاعها ، لأن الملك مقدم على حق التملك ، وإذا جاء صاحبها فله أخذها من الثانى ، وليس له مطالبة الأول ، لأنه لم يفرط .

وإن علم الثانى بالأول فردها إليه ، فأبى أن يأخذها بل قال : عرّفها أنت فعرّفها ملكها أيضاً ، لأن الأول ترك حقه فسقط ، وإن قال : عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً ، وكانت بينهما لأنه أسقط حقه من نصفها ووكله فى الباقى . وإن قصد الثانى بالتعريف تملكها لنفسه دون الأول احتمل أن يملكها لأن سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الأول فى تعريفها لنفسه . واحتمل أن لا يملكها لأن ولاية التعريف للأول أشبه مالو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها ، وكذلك الحكم إذا علم الثانى بالأول فعرفها ولم يعلمه بها ويشبه هذا المحتجر فى الموات إذا سبق غيره إلى ما حجره فأحياه بغير إذنه .

فأما إذا غصبها غاصب من الملتقط فعرّفها لم يملكها وجهاً واحداً لأنه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها ، فإن الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه ، ويفارق هذا ما إذا التقطها ثان فإنه وجد منه الالتقاط والتعريف .

الفرع الثالث : إذا أخذ الملتقط اللقطة بقصد الخيانة فيها صار ضامناً فلو عرّف اللقطة بعد ذلك وأراد التملك بعده لم يكن له ذلك على المذهب ،

ولو قصد الأمانة أولاً ثم قصد الخيانة ولم يعرفها فالأصح انه لا يصير ضامناً بمجرد قصد الخيانة كالمودع .

الفرع الرابع : إذا التقطها اثنان فعرفاها حولا ملكاها جميعاً ، وإن قلنا بوقوف الملك على الاختيار فاختار أحدهما دون الآخر ، ملك المختار نصفها دون الآخر ، وإن رأياها معا فبادر أحدهما وأخذها ، أو رآها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهى لآخذها ، لأن استحقاق اللقطة بالأخذ لا بالرؤية كالاصطياد .

وإن قال أحدهمـــا لصاحبه : هاتها فأخــذها ، نظرت ، فإن أخذها لنفسه فهى له دون الآخر ، وإن أخذها للآمـــر فهى له كما لو وكله فى الاصطياد له .

كيفية تملك اللقطة :

إذا عرَّف الملتقط اللقطة التعريف المعتد به سنة أو دونها فيما يكفى فيه ثم لم يجد صاحبها بعد تعريفها كان له أن يتملكها بشرط الضمان لها ، ويكون التملك بلفظ يفيد أنه اختار تملكها من المالك أو وليه أو وارثه لو مات فيقول : تملكت اللقطة وذلك إن كانت اللقطة مالا متمولا أى له قيمة مالية أما إن كانت من غير المتمول كالاختصاص فيقول نقلت الاختصاص إلى نفسى وذلك لما روى زيد بن خالد الجهنى أن النبى ﷺ قال : فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها ، فجعله إلى اختياره . ولأنها تملك ببدل فاعتبر فيها اختيار التملك كالتملك بشراء ونحوه وإذا تملكها الملتقط بعد التعريف ولم يظهر لها مالك فلا شىء عليه فى انفاقها لأنها من اكتسابه ، ولا مطالبة عليه فى الدار الآخرة إن كان قد عزم على ردها إن بان مالكها فإن تملكها ولم يعزم على ردها طولب بها فى الدار الآخرة .

الوجه الثانى : أن اللقطة تدخل فى ملكه بالتعريف لحديث عبد الله ابن عمرو بن العاص أن النبى ﷺ قال : « فإن جاء صاحبها وإلا فهى لك »[(١)] ولأنها كسب مال بفعل فلم يعتبر فيها اختيار التملك كالصيد .

وحكى فيه وجه آخر وهو أنه تكفى نية التملك الحاضرة بعد التعريف وعند التملك ، فلا تكفى النية عند الأخذ قطعاً .

وقيل إن اللقطة تملك بمضى السنة بعد التعريف ، ويكتفى بقصده عند الأخذ للتملك . وهذا الوجه لا يتأتى فى صورة ما إذا التقط للحفظ دائماً وقلنا بوجوب التعريف عليه وعرف سنة ثم بدا له التملك وهذا ما صرح به الإمام الغزالى فى البسيط ، فإن لم يجب التعريف عليه فعرف ثم بدا له أن يتملك وقصده فلا يعتد بهذا التعريف بل يلزمه فيهما استئناف سنة أخرى .

ومن هذا يعلم أن التعريف قد يمتد إلى سنتين والذى يترجح فى نظرى عدم وجوب التعريف سنة أخرى بل يتملك متى أراد بعد التعريف الأول.

حكم دفع اللقطة لمن يدعيها : إذا جاء من يدعى اللقطة فلا يخلو الأمر من ثلاثة أحوال : أن يدعيها بلا وصف ولا بينة أو يكون بوصف أو يكون ببينة وفيما يلى حكم كل حالة من هذه الأحوال الثلاثة .

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والنسائى من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (التلخيص الحبير ج٣ ص٧٦) .

الحالة الأولى : إذا ادعاها بلا وصف ولا بينة فلا يدفعها الملتقط لهذا المدعى إلا أن يعلم أنها له فيلزمه دفعها له .

الحالة الثانية : أن يدعيها بالوصف وفى هذه الحالة إن ظن اللاقط صدقه جاز دفعها له عملاً بظنه ولا يلزمه الدفع لأنه مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة بل يسن له الدفع عملاً بغالب ظنه .

الحالة الثالثة : أن تكون له بينة وقد دفعها لآخر بالوصف ، فإن أقام البينة على أنها له قضى بالبينة وحولت له عملاً بالبينة لأنها حجة توجب الدفع فقدمت على الوصف .

وهذا إن كانت اللقطة باقية فإن تلفت عند الواصف فللمالك تضمين الملتقط أو الواصف . أما تضمين الملتقط فلأنه دفع ماله للغير بغير حق . وأما تضمين الآخذ فإنه أخذ ماله بغير حق .

فإن ضمّن الآخذ لها بالوصف لم يرجع على الملتقط لأن الضمان إن كان مستحقاً عليه فقد دفع ما وجب عليه فلا يكون له حق الرجوع ، وإن كان مظلوماً فكيف يرجع على غير من ظلمه ؟

وإن ضمّن الملتقط فإما أن يكون قد أقر للآخذ بالملك أولا .

فإن كان الملتقط لم يقر له بالملك رجع على الآخذ بما عرفه بأن قال له يغلب على ظنى الرجوع ، وإن كان قد أقر له بالملك بأن قال للآخذ هى لك لم يرجع عليه مؤاخذة له .

كيفية رد اللقطة عند ظهور المالك : إذا ظهر المالك ، فإما أن تكون اللقطة باقية بعينها دون زيادة أو نقصان وإما أن تكون تالفة ، وإما أن يتفقا على رد عينها أو بدلها وإما أن يختلفا .

فإذا كانت اللقطة باقية بحالها بلا زيادة ولا نقصان ولم يتعلق بها حق يمنع بيعها واتفقا على رد عينها أو بدلها فالأمر ظاهر جلى لأنه رد ما اتفقا عليه فإذا رد البدل تمثل ذلك فى رد المثلى إن كان مثلياً أو القيمة فى المتقوم بزيادتها المتصلة وكذا المنفصلة كالحمل الحادث بشرط أن تكون حدثت قبل التملك لأنها تابعة للقطة وهى باقية على ملكه .

مؤنة الرد :

ومؤنة الرد إن كانت له مؤنة على المالك إن كان الرد قبل التملك وعلى الملتقط إن كان بعده :

وإن تنازعا فى اداء عينها أو بدلها بأن يكون المالك قد طلب عينها ، وأراد الملتقط العدول إلى بدلها . أجيب المالك فى الأصح . لأنه يمكنه الرجوع إلى عين ماله فلا يجبر على قبول البدل وهو المعتمد .

وإن تلفت اللقطة بعد تملكها . تعين البدل وكذلك يتعين البدل إن كانت باقية بحالها ولكن تعلق بها حق يمنع بيعها كرهن مثلاً . أما إن كان الملتقط قد باعها بشرط الخيار له أو لهما ثم ظهر المالك قبل انقضاء مدة الخيار انفسخ العقد من تلقاء نفسه وإن لم يفسخه وفى حالة تلفها أو تعلق حق بها يمنع بيعها فيغرم الملتقط مثلها إن كانت مثلية أو قيمتها إن كانت متقومة يوم التملك لها لأنه وقت دخولها فى ضمانه .

ولكن متى يكون ضامناً ؟

أما من حيث الضمان فى حالة التلف فإن كان التلف قبل التملك فلا ضمان عليه إذا كان تلفها من غير تفريط لأنه يحفظها لمالكها ، فإن كان التلف بعد التملك وجب عليه بدلها ، فيكون عليه الضمان فى مثلها إن كانت

مثلية أو قيمتها إن كانت متقومة .

وقال الكرابيسى لا يلزمه ردها ولا ضمان بدلها لأنه مال لا يعرف له مالك ، فإذا ملكه لم يلزمه رده ولا ضمان بدله كالركاز .

والراجح الأول وهو أنه يلزمه الضمان لما روى أبو سعيد الخدرى « أن علياً كرم الله وجهه وجد ديناراً فجاء صاحبه فقال النبى ﷺ : أده ، قال : على قد أكلته فقال النبى ﷺ : إذا جاءنا شىء أديناه » .

ولأن البدل يخالف الركاز ، فإن الركاز مال لكافر لا حرمة له وهذا مال مسلم ولهذا لا يلزمه تعريف الركاز ويلزمه تعريف اللقطة .

نقصان اللقطة بعيب : وإن نقصت بعيب حادث بعد التملك فللمالك أخذها مع الأرش[1] فى الأصح لأن الكل مضمون فكذلك البعض ، فيضمن الملتقط الأرش كما يضمنها كلها بالتلف . وللمالك العدول إلى بدلها سليمة . ولو أراد اللاقط الرد بالأرش وأراد المالك العدول إلى البدل أجيب اللاقط .

أنواع اللقطة : اللقطة أنواع ، لأنها إما أن تكون حيواناً أو غيره ، فإن كانت حيواناً غير آدمى فإما أن توجد فى صحراء أو عمران ، وإن كانت غير حيوان . فإما أن تكون مأكولة أو غير مأكولة وهذه هى الأنواع الأربعة :

النوع الأول : لقطة الحيوان فى الصحراء :

فإن وجد فى صحراء فهو على ضربين :

الأول : أن يكون مما يمتنع بنفسه ، بأن كان مما يصل إلى الماء

---

(١) الأرش : قيمة نقصان العين أو هو الفرق بين قيمة الشىء سليماً ومعيباً (المصباح ج١ص١٨).

والرعى بنفسه ، ويدفع عن نفسه صغار السباع إما لقوة جسمه كالإبل والبقر والخيل والحمير ، وإما لبعد أثره الكغزال والأرنب والطير ، فهذه الأنواع لا يجوز لواجدها أن يتعرض لأخذها إذا لم يعرف مالكها لقوله ﷺ فى ضوال الإبل : مالك ولها معها حذاؤها أى خفها الذى يقيها العثرات وتعتمد عليه فى السعى إلى المرعى بدون أن يتجشم أحد تقديم الطعام إليها ومعها سقاؤها إشارة إلى طول عنقها فتمد عنقها إلى الماء فلا تحتاج إلى من يقدمه لها ولذا قال ﷺ : « ترد الماء وتأكل الشجر حتى يأتيها ربها » ، ولأنها تحفظ أنفسها فلم يكن لصاحبها حظ من أخذها فإن أخذها لم يخل ذلك من أحد أمرين :

الأمر الأول : أن يأخذها لقطة ليتملكها إن لم يأت صاحبها ، فهذا متعد وعليه ضمانها ، فإن أرسلها لم يسقط الضمان . أما إذا لم يرسلها ودفعها إلى مالكها سقط عنه ضمانها بأدائها إلى مستحقها فإن دفعها إلى الحاكم ففى سقوط الضمان وجهان :

الأول : يسقط لأن الحاكم نائب عمن غاب .

الثانى : لا يسقط لأنها قد تكون لحاضر لا ولاية للحاكم عليه .

الأمر الثانى : أن لا يأخذها لقطة بل يأخذها حفظا لها على مالكها ، فإن كان عارفاً لمالكها لم يضمن ويده أمانة حتى تصل إلى المالك وإن كان غير عارف للمالك ففى وجوب الضمان وجهان :

الأول : لا يضمن الحيوان الملتقط ليرده على مالكه عند التعرف عليه لأنه من باب التعاون على البر والتقوى .

الوجه الثانى : عليه الضمان لأنه لا ولاية له على غائب ، إلا إذا كان

والياً كالإمام أو الحاكم فلا ضمان عليه ، فقد روى أن عمر رضى الله عنه كانت له حظيرة يحظر فيها ضوال المسلمين .

الضرب الثانى :

أن يكون الحيوان لا يدفع عن نفسه ويعجز عن الوصول إلى الماء والرعى كالغنم والدجاج ، فهذا له أن يأخذه ويأكله فى الحال من غير تعريف ، غنياً كان أو فقيراً وعليه غرمه لمالكه إذا وجده وبه قال الشافعى وأبو حنيفة .

وقال مالك وداود : هو غير مضمون عليه فله أن يأكله أكل إباحة ولا غرم عليه فى استهلاكه ، استدلالاً بأن النبى ﷺ قال : « هى لك أو لأخيك أو للذئب » ومعلوم أن ما استهلكه الذئب هدر لا يضمن .

والأول هو الراجح لقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » ولأنها لقطة يلزمه ردها مع بقائها فوجب أن يلزمه غرمها عند استهلاكها قياساً على اللقطة فى الأموال . ولأنها ضالة فوجب أن تضمن بالاستهلاك كالإبل ونحوها .

وأما قوله ﷺ : « هى لك أو لأخيك أو للذئب » فلا دليل فيه على سقوط الضمان لأنه ﷺ نبه بذلك على إباحة الأخذ وجواز الأكل دون الغرم .

وإذا ثبت جواز أخذ الشاة ومالا يدفع عن نفسه مع إباحة أكله ووجوب غرمه . فيجوز له أخذ صغار الإبل والبقر ، لأنها لا تمنع عن أنفسها كالغنم .

النوع الثانى : أن توجد لقطة الحيوان فى العمران ، قرية أو بلد أو مصر أو موضع قريب منها وفى ذلك خلاف بين الأصحاب على قولين :

الأول : وهو حكاية عن الشافعى فى الأم أنه إذا وجدها فى البلد أو

المصر فهى لقطة له أخذها وعليه تعريفها حولا إن كانت من الغنم ولا يتعرض للإبل . لعموم قوله ﷺ : « ضالة المؤمن حرق النار » .

القول الثانى : أنها لقطة فيأخذ الغنم والإبل جميعاً ، ويعرفها كسائر اللقطة حولاً كاملاً ، لأن قوله ﷺ فى ضوال الإبل : « معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر » يختص بالبادية التى يكون فيها الماء والشجر دون المصر ، وهى تمنع صغار السباع عن أنفسها فى البادية ، ولا يقدر على منع الناس فى المصر ، والشاة تؤكل فى البادية لأن الذئب يأكلها وهو لا يأكلها فى المصر ، فاختلف معناهما فى البادية والمصر فكان اختلاف حكمهما تبعاً لذلك.

وفرق الأول بأنه إنما منع التقاط الحيوان الممتنع فى الصحراء دون البلد أو المصر بأنه فى العمران يضيع بامتداد اليد الخائنة إليه بخلاف المفازة فإن طروق الناس بها لا يعم .

ويتفرع على ذلك أنه لو وجد الحيوان الممتنع زمن نهب وفساد جاز التقاطه للتملك قطعاً فى المفازة والعمران على حد سواء .

النوع الثالث : لقطة مالا يؤكل كالنقود ونحوها ، فهذا الذى تقدم من اشتراط التعريف عند تملكها .

النوع الرابع : أن تكون اللقطة مما يؤكل وهذه لها أحوال :

الأول : أن تكون مما يفسد فى الحال كالأطعمة والشواء ، والبطيخ والرطب الذى لا يتتمر والبقول ، فالواجد فيها بالخيار بين أن يأكلها ويغرم قيمتها ، وبين أن يبيع ويأخذ الثمن وهذا هو الصحيح . فإن أكل غرم قيمتها وعرف اللقطة سنة ، ثم يتصرف فيها لأن القيمة قائمة مقام اللقطة ، ولو لم

يقدر على البيع فلا خلاف فى جواز الأكل ، وهل يجب إفراز القيمة ؟ فيه خلاف .

والأظهر كما قال الرافعى . لا يجب ، لأن ما فى الذمة لا يخشى هلاكه ، فإذا أفرز صار أمانة فى يده .

الثانية : أن تكون اللقطة مما لا يفسد ويقبل العلاج كالرطب الذى يتتمر والعنب الذى يكون زبيباً واللبن الذى يصنع منه الجبن ونحوها روعى فى ذلك مصلحة المالك ، فإن كانت المصلحة فى البيع باعه ، وإن كان فى التجفيف جففه ، ثم إن تبرع الواجد بتجفيفه فذاك وإلا باع بعضه وأنفقه عليه لأنه المصلحة فى حق المالك ، وهذا بخلاف الحيوان حيث يباع كله لأن النفقة فى الحيوان تتكرر فتؤدى إلى أن تأكل اللقطة نفسها .

خصال اللقطة :

١ - لقطة الحيوان إن أخذها من مفازة وهى الصحراء فيتخير الملتقط بين خصال ثلاثة فى غير الممتنع وهى :

الأولى : أن يعرفها ثم يتملكها بعد التعريف .

الثانية : أن يبيع اللقطة بشرط الرجوع إلى الحاكم إن وجد فإن لم يوجد باعها بنفسه ، ويحفظ ثمنها ، ويعرف اللقطة المبيعة دون الثمن . فإذا لم يظهر مالك اللقطة تملك الثمن .

الثالثة : أن يأكلها إن رغب فى أكلها ويغرم القيمة إن ظهر مالكها وهذا مجمع عليه ، فإن امتنع من الأكل حتى حضر به من الصحراء إلى العمران امتنع تملكها قبل التعريف .

وجوز الماوردى فيه خصلة رابعه وهى ، أن يمتلك حالاً ويبقيه حياً

لينتفع بدره أو نسله .

ولكن أى الخصال أولى ؟ أما بالنسبة لأى الخصال أولى فإن الخصلة الأولى أولى من الثانية ، والثانية أولى من الثالثة لما فيها من تعجيل الاستباحة قبل التعريف .

ثانياً : لقطة الحيوان إن أخذها من العمران فله فيها خصلتان : الأولى والثانية دون الثالثة وهو الأظهر .

وقيل : له الخصلة الثالثة فى العمران كالمفازة وهذا الرأى مدفوع بأنه قد لا يجد فيها من يشترى اللقطة بخلاف العمران ، ويشق النقل إليه .

هذا إن استوت الخصال فى الأحظية أو عدمها وإلا وجب فعل الأحظ للمالك .

فروع على ما سبق :

الفرع الأول : إذا كان الحيوان الملتقط غير مأكول كالجحش ففيه الخصلة الأولى والثانية ولا يجوز تملكه فى الحال فى الأصح ، وإذا أمسك الملتقط الحيوان وتبرع بالإنفاق عليه فذاك وإن أراد الرجوع فلا ينفق إلا بإذن الحاكم فإن لم يجده أشهد ، فإذا لم يشهد فلا يرجع بالنفقة على المالك وإن نوى الرجوع عليه إلا إذا فقد الشهود فله أن يرجع إذا نواه .

الفرع الثانى : يجوز التقاط السنابل للتملك إن أعرض مالكها عنها أو علم رضاه ولو كانت فى مال زكوى فلا زكاة على المالك فيها لأنها لما كانت فى محل الإعراض من المالك جعلت كذلك من المستحقين تبعاً .

الفرع الثانى : **لقطه غير الحيوان** : فإن كانت طعاماً يسرع فساده كهريسة ورطب لا يتتمر فله فيه خصلتان :

الأولى : بيعه استقلالا إن لم يجد حاكماً ، وبإذنه أن وجده وجوباً إن لم يخف منه عليه وإلا استقل ، ثم يعرفه بعد بيعه ليتملك ثمنه بعد التعريف ، فإن التعبير بثم يقتضى تأخر التملك عن التعريف.

الخصلة الثانية : تملكه فى الحال وأكله وغرم قيمته مطلقاً اى سواء وجده فى مفازة أو عمران وسواء أكان فى زمن أمن أم غيره .

وقيل ، إن وجده فى عمران وجب البيع وامتنع الأكل .

وينبغى أن يلاحظ أن التعريف بعد الأكل يكون واجباً فى العمران دون المفازة لأنه فى المفازة لافائدة فيه غالباً .

الفرع الرابع : إذا كانت اللقطة مما يمكن بقاؤه بعلاج كرطب يتجفف ، فإن كانت الغبطة فى بيعه باعه أو فى تجفيفه جففه أو استوى الأمران وتبرع الواجد به جففه وإلا بيع بعضه لتجفيف الباقى حفظاً له بخلاف الحيوان حيث يجوز بيع كله لأن النفقة تأكله .

والمراد بالعمران ، الشارع والمسجد لأنهما مع الموات محال اللقطة ويفهم مما سبق أن الالتقاط إن كان من مضيعة فهو بالخيار بين الخصال الثلاث التى ذكرناها ، والأولى أن يمسكها ويعرفها . ثم يليها البيع والحفظ، وخصلة الأكل متأخرة فى الفضيلة ، ولقائل أن يقول فيما يمكن تجفيفه أنه يجب مراعاة لمصلحة المالك فهلا كان هنا كذلك ؟

وإن كان الالتقاط فى العمران تخير بين خصلتين فقط على الصحيح وهما : الإمساك والبيع ولا يأكل لإمكان البيع .

ضمان اللقطة :

عرفنا أن أخذ اللقطة إما أن يأخذها للحفظ أو للتملك ، فإن أخذها

للحفظ أبدا فهى أمانة فى يده وزوائدها من نحو در ونسل أمانة أيضاً ، ويجرى فيها ما فى أصلها من تجفيف ما يسرع فساده وغير ذلك . فلا يضمنها وإذا كانت اللقطة إن أخذها للحفظ أمانة ، فإنها لا تضمن إلا بالتقصير أو التعدى ، فإن دفعها إلى القاضى لزمه القبول سواء أكان قد أخذها للحفظ أم للتملك وأما تعريفها إن أخذها للحفظ أبداً فلا يجب عليه لأن التعريف إنما يجب لتحقيق شرط التملك وهذا عند أكثر الفقهاء .

وقال بعضهم يجب التعريف ولو كان للحفظ أبدا وهذا ما صححه الإمام والغزالى لئلا يكون كتماناً مفوتاً للحق على صاحبه . قال فى الروضة وهذا أقوى وهو المختار .

وقال فى شرح مسلم إنه الأصح .

ومن ذلك يعلم أن التعريف فى الأخذ للتملك واجب قطعاً ، ويكون واجباً أيضاً إن أخذ لا بقصد شىء أو بقصد شىء ونسيه أو بقصد واحد لا بعينه ففى هذه الصور كلها يلزمه التعريف .

فلو أخذها للحفظ أبدا ثم قصد بعد ذلك خيانة لم يصر ضامناً بمجرد القصد فى الأصح ، فإن فعل صار ضامناً بلا خلاف ، بشرط أن يعلم ذلك القصد منه يقيناً ولم ينسه وإلا فلا ضمان ، وإذا أخذ اللقطة خيانة فليس له أن يعرف ويتملك على المذهب ما دام مصراً عليه بل ويأخذها الحاكم منه قهراً عليه ، فلو عاد إلى الأمانة ولو بعد أخذ الحاكم أو الخيانة فيها بالفعل ليعرف ويتملك جاز ويخرج عن الضمان خلافاً لبعضهم كما لو سلمها للحاكم .

والتعريف الممنوع على من أخذ للخيانة ما كان لأجل أن يتملك فإن كان لأجل أن يعرف صاحبها ليدفعها له فلا مانع .

و إن أخذها ليعرف ويتملك بعد التعريف ، فإن تملكها فهو ضامن فإن

دفعها إلى القاضى سقط عنه الضمان .

والدفع إلى القاضى الذى يبرأ به محله فى قاض أمين وإلا فلا يسقط الضمان بالدفع إلى القاضى ، ولا يلزم القاضى غير الأمين القبول .

ولو وجد لقطة فى بيته فعليه التعريف لمن يدخله .

من يحل له أكل اللقطة :

قال الشافعى رضى الله عنه : ويأكل اللقطة الغنى والفقير ومن تحل له الصدقة وتحرم عليه وذلك بعد تعريفها حولاً والدليل عموم قوله ﷺ : « فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها » وهو يقتضى التسوية بين الغنى والفقير .

وقال أبو حنيفة : يجوز له ذلك إن كان فقيراً ولا يجوز إن كان غنياً أن يتملكها ، ويكون مخيراً بين أمرين ، إما أن تكون فى يده أمانة لصاحبها أبدا كالوديعة ، وإما أن يتصدق بها فإن جاء صاحبها ، وأمضى صدقته فله ثوابها ، ولا غرم على الواجد ، وإن لم يمض الصدقة فثوابها للواجد وعليه غرمها استدلالا بما روى عن النبى ﷺ أنه قال : « فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها » .

والأول هو الصحيح ، فقد ثبت أن أبى بن كعب وجد صرة فيها ثمانون ديناراً أو مائة دينار فأمره النبى ﷺ أن يعرفها حولاً ثم قال له : « فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها » .

وهذا دليل على أن الغنى والفقير فى ذلك سواء فإن أبىّ بن كعب من أيسر أهل المدينة أو كأيسرهم ولو لم يكن موسراً لصار بعشرين ديناراً منها موسراً على قول أبى حنيفة فدل على أن الفقر غير معتبر فيها ، وأن الغنى لا يمنع منها .

وروى عن عطاء بن يسار عن أبى سعيد الخدرى أن على بن أبى طالب وجد ديناراً فأتى به النبى ﷺ فأمره أن يعرف به ثلاثاً . فعرفه فلم يجد من يعرفه ، فرجع به إلى النبى ﷺ فأخبره فقال : « كله حتى إذا أكله جاء صاحب الدينار يتعرفه فقال على رضى الله عنه قد أمرنى رسول الله ﷺ بأكله فانطلق صاحب الدينار وكان يهودياً إلى النبى ﷺ ، فقال له النبى ، إذا جاءنا شىء أديناه إليك » .

والإمام على رضى الله عنه ممن يحرم عليهم الصدقة لأنه من بنى هاشم ، فلو كانت اللقيطة تستباح بالفقر دون الغنى لحظرها عليه .

هل الذمى ممنوع من جواز أخذ اللقطة لتعريفها وتملكها ؟ المذهب أنه لا فرق بين المسلم والذمى فى أخذها للتعريف والتملك بعد الحول لأنها كسب يستوى فيه المسلم والذمى .

وقال بعض الأصحاب : إن الذمى لا حق له فيها وهو ممنوع من أخذها وتملكها لأنه ليس من أهل التعريف لعدم ولايته على المسلم ولا ممن يملك مرافق دار الإسلام كإحياء الموات .

وقال أحمد : يصح للذمى أخذ اللقطة مع عدم الأمانة ، فإذا التقطها الذمى وعرفها حولاً ملكها كالمسلم . وإن علمها الحاكم أو السلطان أقرها فى يده وضم إليه مشرفاً عدلاً يشرف عليه ويعرفها ، قالوا : لأننا لا نأمن الكافر على تعريفها ولا نأمنه أن يخل فى التعريف بشىء من الواجب عليه فيه ، ويحتمل عندهم أن تنزع من يد الذمى وتوضع فى يد عدل لأنه غير مأمون عليها .

المبحث الثانى

اللقيط وأحكامه

معنى اللقيط :

اللقيط فعيل بمعنى مفعول وهو الملقوط ، ويطلق على الطفل المنبوذ والمطروح المرمى به من نبذت الشيء رميته ومنه قوله تعالى : ﴿ فنبذوه وراء ظهورهم ﴾(١) ومنه سمى النبيذ لأنه يطرح فيه الماء ويسمى ملقوطاً باعتبار أنه يلقط ويسمى دعياً أيضاً . على أن تسميته لقيطاً أو منبوذاً قبل الأخذ حقيقة لغوية وبعدها مجاز بناء على زوال الحقيقة بزوال المعنى المشتق منه أو باعتبار ما كان عليه .

ومعناه شرعاً : طفل نبذ بنحو شارع لا يعرف له مدع ، وذكر الطفل للغالب إذ الأصح أن المميز والبالغ المجنون يلتقطان لاحتياجهما إلى التعهد وهو صريح فى أن المميز لا يسمى طفلاً بل يقال للطفل بعد التمييز صبى وجزور ويافع ومراهق وبالغ . وأما البالغ الرشيد فلا يجوز التقاطه لاستغنائه عن الحفظ والرعاية .

حكم التقاط المنبوذ :

حكمه فرض كفاية إن علم به أشخاص متعددون ، فإن لم يعلم به إلا واحد لزمه أخذه ويكون فرض عين وإنما كان فرض كفاية أو فرض عين حفظاً للنفس المحترمة عن الهلاك لأن اللقيط آدمى محترم فوجب حفظه كالمضطر إلى طعام غيره بل أولى ، لأن البالغ العاقل ربما احتال لنفسه .

---

(١) من الآية (١٨٧) من سورة آل عمران .

وفارق اللقطة حيث لا يجب التقاطها بأن المغلب عليها الاكتساب والنفس تميل إليه فاستغنى بذلك عن الوجب .

والدليل على وجوب أخذ اللقيط قوله تعالى : ﴿ وتعاونوا علي البر والتقوي ﴾[١] ولأن فيه إحياء نفس ، فكان واجباً كإطعام المضطر وإنجائه من الغرق ، وقوله تعالى : ﴿ ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ﴾[٢] وقوله تعالى : ﴿ وافعلوا الخير لعلكم تفلحون ﴾[٣] .

أركان اللقيط ثلاثة :

١ ـ التقاط وهو أخذ المنبوذ .

٢ ـ لقيط وهو الصغير المنبوذ .

٣ ـ ملتقط ، وهو من تثبت له ولاية الالتقاط .

حكم الإشهاد على اللقيط وحكمته :

إذا أخذ الملتقط اللقيط وجب الإشهاد عليه وإن كان من أخذه ظاهر العدالة خوفاً من أن يسترقه ويضيع نسبه المبنى على الاحتياط له أكثر من المال ويجب كذلك الإشهاد على مال المنبوذ بطريق التبعية ، فإن ترك الإشهاد ، فلا يثبت له عليه ولاية الحضانة ، وذلك لأن ترك الإشهاد يعد فسقاً .

ومحل وجوبه مالم يسلمه له الحاكم فإن سلمه له سن الإشهاد فى هذه الحالة وذلك لأن تسليم الحاكم فيه معنى الإشهاد.

---

(١) من الآية (٢) من سورة المائدة .

(٢) من الآية (٣٢) من سورة المائدة .

(٣) من الآية (٧٧) من سورة الحج .

أسباب نبذ اللقيط :

ترجع أسباب نبذ اللقيط فى الغالب لواحد من أمرين إما لكونه من فاحشة خوفاً من العار او للعجز عن مؤنته ، فإن فقد النبذ رد إلى القاضى لقيامه مقام كافله فيسلمه إلى من يقوم به ، كما يقوم بحفظ مال الغائبين او وجد له كافل ولو ملتقطاً رد إليه .

شروط الملتقط :

قلنا إن الملتقط هو من تثبت له ولاية الالتقاط . وولاية الالتقاط هى حضانة اللقيط وإنما تثبت هذه الولاية ، لمكلف ، غنى أو فقير ذكر أو أنثى ، مسلم ، إن كان اللقيط محكوماً بإسلامه وإلا فللكافر التقاط غير المسلم لأنه من أهل الولاية عليه ، فيجوز التقاط اليهودى للنصرانى وعكسه كالتوارث ، خلافاً للأذرعى ، عدل ، لأنها ولاية على الغير فاعتبر فيها الأوصاف المذكورة كولاية القضاء ، فإن كان مستور العدالة نصب الحاكم عليه من يراقبه خفية لئلا يتأذى الملتقط بمراقبته من قبل الحاكم فإذا وثق به صار كمعلوم العدالة . وأن يكون رشيداً بصيراً خالياً من نحو برص إذا كان الملتقط يتعاهده بنفسه كما فى الحضانة .

فإن التقطه إثنان وكان أحدهما عدلاً والآخر مستور العدالة فإنه يقدم العدل على مستور الحال ، ولا تفتقر ولاية الالتقاط إلى إذن الحاكم لكن يستحب دفعه إليه نعم لو وجده فأعطاه غيره لم يجز حتى يدفعه إلى الحاكم.

وعلى ذلك فيشترط فى الملتقط أن يكون مسلماً رشيداً عدلاً بصيراً خالياً من برص ونحوه .

محترزات الشروط السابقة :

فخرج بالمكلف الصبى والمجنون لعدم أهلية الصبى والمجنون وبالعدل الفاسق وبالرشيد المحجور عليه بسفه وبالمسلم الكافر لعدم ولاية الكافر على المسلم ولأنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه . ولابد أن يكون أهلاً للترك فى يده . فإن كان ليس أهلاً انتزع الحاكم للقيط ممن ليس أهلاً للولاية .

من يكون أحق باللقيط عند التنازع :

إذا تنازع اثنان على أخذ اللقيط بأن كان كل منهما يريد أخذه وهما من أهل الكفالة فالحاكم هو الذى يتولى تدبير أمره فله أن يعطيه لواحد منهما أو يجعله عند غيرهما بما يرى فيه المصلحة إذ لاحق لهما قبل أخذه فلزمه رعاية الأحظ له .

وإن سبق إليه واحد فالتقطه منع الآخر من مزاحمته لخبر « من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به » . أما إذا لم يلتقطه فلا أحقية له فيه ، وإن وقف عند رأسه .

وإن التقطاه معاً فى زمن واحد وهما أهل لالتقاطه وتشاحا أقرع بينهما عند التساوى ، فمن خرجت عليه القرعة أقر فى يده .

وقيل ، لا نقرع بينهما ، بل يجتهد الحاكم فيقره فى يد من هو أحظ له والمنصوص الأول لقوله تعالى : ﴿ وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ﴾[1] ولأنه لا يمكن أن يجعل بينهما مهاياة لأنه تختلف عليه الأخلاق والأغذية فيتضرر ولا يمكن أن يقدم أحدها لأنهما متساويان فى سبب استحقاق ولا يمكن أن يسلم لغيرهما لأنه قد ثبت لهما حق الالتقاط فلا

(١) من الآية (٤٤) من سورة آل عمران .

يجوز إخراجه عنهما فأقرع بينهما لذلك .

ولا يخير المميز فى اختيار أحدهما لعدم ميله إليهما طبعاً ، كما يخير بين أبويه ، لأنه إنما يخير بين أبويه اعتماداً على الميل الناشئ عن الولادة ، وهو ينعدم هنا . ووضح أنه إن كان أحدهما غنياً فهو أولى به لأنه قد يواسيه بماله ولو تفاوتا فى الغنى لم يقدم أغناهما نعم لو كان أحدهما بخيلاً والآخر جواداً فالقياس تقديم الغنى الجواد لأن حظ اللقيط عنده أكثر وظاهر أنه يقدم الغنى البخيل على الفقير . وفى قول الغنى والفقير يستويان لأن نفقة اللقيط لا تجب على ملتقطه .

ويقدم عدل باطناً بكونه مزكى عند حاكم على عدل ظاهراً بأن لم يعلم فسقه ولم يعلم تزكيته عند حاكم وهذا هو الذى يطلق عليه مستور الحال احتياطاً للقيط .

ولا يقدم مسلم على كافر إذا كان اللقيط محكوماً عليه بالكفر وكذلك المرأة لا تقدم على الرجل وإن كانت أصبر على التربية منه وهى لذلك مقدمة فى الحضانة إلا إذا كانت مرضعة واللقيط رضيع وإلا إذا كانت خالية لازوج لها فإنها تقدم على المتزوجة .

ويقدم البصير على الأعمى والسليم على من به مرض مثل الجزام والبرص.

حكم نقل اللقيط :

اللقيط إما أن يكون ملتقطاً من الحضر أو البادية فإن كان التقاطه من الحضر فأراد أن ينقله إلى البادية لم يقر فى يده لوجهين :

أحدهما : أن مقامه فى الحضر أصلح له فى دينه ودنياه وأرفه له .

الثانى : أنه إذا وجد فى الحضر فالظاهر انه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به . فإن أراد النقلة به إلى بلد الحضر ففيه وجهان :

الأول : أنه يقر فى يده لأن ولايته ثابتة ، والبلد الثانى كالبلد الأول فى الرفاهية ، فيقر فى يده كما لو انتقل من أحد أقسام البلد إلى قسم آخر ، وفارق المنتقل به من البادية لأنه يضر به .

الثانى : لا يقر فى يده ، لأن بقاءه فى بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر فى يد المنتقل عنه قياساً على المتنقل إلى البادية .

وإن التقطه من البادية ، فله النقلة به إلى الحضر لأنه ينقله من أرض البؤس والشقاء إلى الرفاهية والدعة والدين .

وخلاصة القول أنه يجوز للمتقط نقل اللقيط من بلد إلى بلد آخر سواء كانت وطن الملتقط أو لا سافر إليها لنقلة أو لا بشرط انتفاء المحذور الذى سبق ذكره وهو ضياع علم ، وصنعة ، ودين ولا فرق بين مسافة القصر أو دونها لكن يشترط تواصل الأخبار وأمن الطريق وإلا امتنع ولو لدون مسافة القصر.

وإن التقطه غريب ، فالأصح أن له نقله إلى بلده إذا أمن الطريق . وتواصلت الأخبار.

وقيل : بالمنع لضياع النسب ، وهذا فى غريب مختبر عرفت أمانته ، فإن التقطه غريب مجهول الحال لم يقر على انتقاله قطعاً وحيث منع من

السفر به ونقله إلى مكان آخر نزع من يده لئلا يسافر به بغتة .

وإن وجده البدوى فى بادية أقر بيده ، وإن كان أهل حلته ينتقلون لأنها فى حقه كبلدة أو قرية .

وإن كانوا ينتقلون للنجعة والانتقال فى طلب المرعى لم يقر لأن فيه تضييعاً لنسبه والأصح أنه يقر على التقاطه ، لأن أطراف البادية من البلدة ويعلم من ذلك أن نقله من بلدة أو قرية أو بادية لمثلها ولأعلى منها يجوز لالدونها.

وإن جواز النقل من مكان إلى آخر مشروط بأمن الطريق والمقصد وتواصل الأخبار واختبار أمانة الملتقط .

نفقة اللقيط :

أما نفقة اللقيط ومؤنة حضانته فليست على الملتقط بل يصرف عليه من المال العام المخصص للوقف على اللقطاء أو من المال الموصى به لهم أو يصرف عليه من ماله الخاص الذى اختص به كثياب ملفوفة عليه أو ملبوسة أو مفروشة تحته أو مغطى بها أو دابة مشدودة فى وسطه أو عنانها بيده أو راكباً عليها وما فى جيبه من دراهم وغيرها كذهب وحلى فى مهده[1] الذى هو فيه ودنانير منثورة فوقه أو منثورة تحته لأن له يداً واختصاصاً كالبالغ والأصل الحرية ولم يعرف غيرها .

والخلاصة فى الإنفاق على اللقيط أن الإنفاق عليه يكون من المال العام أو الخاص والأوجه عند بعض المتأخرين تقديم المال الخاص على العام فلا

---

(١) المهد : هو السرير الذى يكون للطفل .

ينفق من المال العام إلا عند فقد الخاص .

حكم ملكية اللقيط للمكان الذى وجد فيه :

فإن وجد اللقيط فى دار أو حانوت[١] ولا يعلم لها مستحق وليس فيها غيره فهذه الدار أو هذا الحانوت له لليد ولا مزاحم وإن وجد فيها غيره كلقيطين فهى لهما كما لو كانا على دابة أما لو ركبها أحدهما ومسك الآخر زمامها فهى للراكب فقط لتمام الاستيلاء .

وقيل : تكون الدابة بينهما فتكون ملكاً لهما والمذهب الصحيح أن اليد للراكب .

ولو كان اللقيط على الأرض وزمام الدابة بيده أو مربوطة به فهى له وكل ما على الدابة التى حكم له بها فهو له أيضاً.

وجود اللقيط فى بستان :

إذا وجد اللقيط ببستان فلا يحكم له به كما رجحه بعض المتأخرين بخلاف الدار لأن سكناها تصرف والحصول فى البستان ليس تصرفاً ولا سكنى ويفهم من هذا التعليل أن البستان إذا كان يسكن عادة يكون كالدار لكن المراد بالبستان المزرعة التى لم تجر العادة بسكناها .

ويكون ما ذكره مملوكاً للقيط إذا كان اللقيط له صلاحية التصرف فيه ودفع المنازع له ويتردد النظر فيما لو وجد على عتبة الدار لأنه لا يسمى فيها إن كان بابها مقفولاً . بخلاف وجوده بسطحها الذى لا مصعد له منها

(١) الحانوت : الدكان .

فلا يملكها لأنه لا يسمى فيها عرفاً .

ولا يحكم للقيط بمال مدفون فى الأرض التى وجد فيها ، ولو كان تحته ذلك الدفين لأن الكبير العاقل لو كان جالساً على أرض تحتها دفين لم يحكم له به ، وحكم هذا المال إن كان من دفين الجاهلية فهو ركاز ، وإلا فلقطة ولكن إذا حكم بأن المكان له فيكون الدفين فى هذه الحالة له مع المكان ولو وجد خيط متصل به بأن يكون مربوطاً ببعض بدنه أو ثيابه وجب الجزم بأنه يقضى به وأيضاً إذا وجد بالقرب منه ثياب وأمتعة أو دابة فتكون له إلا أن يده لا تثبت إلا على ما اتصل به بخلاف الموجود بقرب المكان فإنه يحكم له بملكيته له لأن له رعاية .

وإذا لم يعرف للقيط مال عام ولا خاص فالأظهر أنه ينفق عليه من بيت المال من سهم المصالح بلا رجوع لأن عمر رضى الله تعالى عنه استشار الصحابة رضى الله عنهم فى ذلك فأجمعوا على أنها فى بيت المال .

ومقابل الأظهر القول بالمنع من الصرف عليه من بيت المال بل نقترض عليه من بيت المال أو غيره لجواز أن يظهر له المال . فإذا لم يكن فى بيت الماء شىء أو كان ثمّ ما هو أهم منه أو منع من كان متولياً على بيت المال ظلماً أن يأخذ منه للإنفاق على اللقيط اقترض الحاكم عليه إن رآه وإلا قام مياسير المسلمين بكفايته وجوباً على جهة القرض . وفى قول تجب عليهم نفقته لعجزه . فإن منعوا كلهم قاتلهم الإمام .

والفرق بين كونها على المياسير قرضاً أو فى بيت المال مجاناً بأن بيت المال وضع للإنفاق على المحتاجين فلهم فيه حق مؤكد دون مال المياسير ، وفى حالة الزام المياسير بالنفقة على اللقيط فيجب على الإمام أن يلزم بها

مياسير بلده فإن شق ذلك عليه فعلى من يراه منهم فإن استووا فى نظره تخير وهذا كله إذا لم يبلغ اللقيط ، فإن بلغ الحلم فتكون النفقة عليه من سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين المنوط به حفظ مال اللقيط .

والأصح أن الملتقط له أن يستقل بحفظ مال اللقيط لأنه مستقل بحفظ المالك لهذا المال وهو اللقيط فيكون له حفظ مال اللقيط من باب أولى وقيده الأذرعى بما إذا كان الملتقط لهذا الغلام عدلاً يجوز إيداع مال اليتيم عنده .

والثانى : يحتاج الملتقط للاستقلال بحفظ مال اللقيط إلى إذن القاضى.

وعلى القول الأول الذى يجوز للملتقط الاستقلال بحفظ مال اللقيط فإنه إذا نازعه فيه منازع فليس له مخاصمته إلا بولاية من الحاكم . وأيضاً فإنه يجوز للقاضى نزعه منه وتسليمه لأمين غيره يباشر الإنفاق عليه بالمعروف اللائق به أو يسلمه للملتقط يوماً بيوم .

وسواء قلنا بجواز أن يستقل الملتقط بحفظ المال أو قلنا لا يحفظ إلا بإذن القاضى فإنه لا يجوز له الإنفاق عليه إلا بأذن القاضى لأن ولاية التصرف فى المال لا تثبت إلا لأصل أو وصى أو حاكم أو أمينه .

فإن انفق بغير إذنه كان ضامناً إن أمكن له مراجعة الحاكم أو القاضى فإن لم يمكن له ذلك أنفق وأشهد وجوباً وليس الإشهاد فى كل مرة لما فيه الحرج والمشقة الظاهرة فكان الأوجه عدم تكليفه بذلك فى كل مرة بل يشهد فقط عند الانفاق فى أول الأمر وعلى ذلك فلا يكون عليه الضمان .

الحكم على اللقيط بالإسلام أو الكفر :

يكون الحكم بإسلام اللقيط أو بكفره مرتبطاً بتبعيته للدار فإذا وجد

بدار الإسلام أو بدار علم كونها مسكناً للمسلمين أو كان فى دار الإسلام أهل ذمة أو معاهدون أووجد اللقيط بدار فتحها المسلمون وأقروها بيد كفار صلحاً قبل ملكها أو وجد بدار ملكها المسلمون من الكفار عنوة وأقروها بيدهم فى مقابل دفعهم الجزية للمسلمين أو وجد بدار فيها مسلم يمكن أن يولد له هذا اللقيط ، ففى هذه الصور كلها يحكم على هذا اللقيط بالإسلام لما ورد فى مسندالإمام أحمد والدارقطنى : « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » .

أما إذا لم يكن ثم مسلم يمكن كونه منه فهو كافر . واكتفى هنا بالمجتاز تغليباً لحرمة دارنا . وإن وجد بدار الإسلام ولا مشرك فيها كالحرم فهو مسلم ظاهراً وباطناً .

وإن وجد اللقيط بدار الكفر وهى دار الحرب فكافر إن لم يسكنها مسلم إذ لا مسلم يحتمل إلحاقه به فإن كانت البقعة التى وجد فيها اللقيط بها طوائف متنوعة أو مللا مختلفة حكم بانتسابه إلى الملة التى هى أقرب إلى الإسلام .

وأن سكنها مسلم كأسير منتشر فى البلد اى غير محبوس فى مكان مطمور أو سكنها تاجر فاللقيط مسلم تغليباً للإسلام فإن انكره ذلك المسلم فإنكاره مقبول فى نفى النسب دون إسلامه وقيل : يكون اللقيط كافراً تغليباً لدار الكفر . فإن كان الأسير محبوساً فى مكان مطمور فلا أثر له ولا يحكم بإسلام اللقيط إذا لم يكن فى المحبوسين امرأة .

وحاصل ذلك أنه يحكم بإسلام اللقيط حيث أمكن كونه من المسلم بأن يكون المسلم المجتاز أو التاجر قد وجد بدار الكفر وقت العلوق بهذا اللقيط أما لو طرقها مسلم ثم بعد شهر مثلاً وجد بها منبوذ لا يحكم بإسلامه لاستحالة كونه منه .

وإذا وجد اللقيط ببرية فهو مسلم إذا كانت البرية تابعة لدارنا أو لايد لأحد عليها ، أما برية دار الحرب التى لا يطرقها مسلم فهو غير مسلم .

وولد الذمية من الزنا بمسلم يكون مسلماً لأن هذا مقطوع النسب عنه.

إذا حكم بإسلام اللقيط تبعاً للدار ثم ادعى نسبه ذمى ومن فى حكمه :

ذكر العلماء أن من حكم بإسلامه بالدار من اللقطاء فهو مسلم تبعاً للدار ولكنها تبعية ضعيفة بمعنى أنه لو ادعاه ذمى وأقام بينة على دعواه بنسبه لحقه ومثله فى ذلك المعاهد والمستأمن لأنه كالمسلم فى النسب فيكون تابعاً له فى الكفر وارتفع ما ظنناه من إسلامه لأن الدار حكم باليد ، والبينة أقوى من اليد المجردة . وتصور علوقه من مسلم بوطء شبهة أمر نادر لا يعول عليه مع البينة .

ولكن ما هى البينة ؟

البينة هى أن يشهد عدلان بلحوق نسبه بالذمى أو يلحقه القائف به لأن إلحاق القائف حكم وهو كالبينة بل أقوى . فإن كانت البينة أربع من النسوة فالحكم فى هذه الصورة أن يقال : إنه إن ثبت بهن النسب تبعه فى الكفر وإلا فلا .

فإن اقتصر على الدعوى بأن اللقيط ابنه فالمذهب أنه لا يتبعه فى الكفر وإن لحقه فى النسب لأنا حكمنا بإسلامه فلا نغيره بمجرد دعوى كافر ، ويجوز كونه ولده من مسلمة بوطء شبهة .

والطريق الثانى : فيه قولان : ثانيهما يتبعه فى الكفر كالنسب .

ومحل الخلاف ما إذا استلحقه قبل أن يصدر منه صلاة أو صوم فإن

صدر منه ذلك لم يغير عن حكم الإسلام قطعاً وسواء قلنا بتبعيته فى الكفر أو لا فإنه يحال بينهما كما يحال بين أبوى مميز وصف الإسلام ولدهما المسلم وتكون الحيلولة بينهما واجبة إن قلنا بعدم تبعيته لهما فى الكفر . لكن يستحب تسليمه لمسلم فإذا بلغ ووصف الكفر فإن قلنا بالتبعية فإنه يقر على ما هو عليه لكنه يهدد لعله يسلم وإلا ففى تقريره ما سبق من الخلاف .

وهناك غير تبعية الدار جهتان يحكم بإسلام الصبى بوجود واحدة منهما.

إحداهما : الولادة : فإذا كان أحد أبويه مسلماً وقت العلوق فهو مسلم ذكراً كان أو أنثى أو خنثى وهذا بالإجماع تغليباً للإسلام فلو ارتد أحدهما بعد العلوق فلا يضر .

فإن بلغ الصبى المسلم بالتبعية ووصف كفراً بأن اعرب به عن نفسه فمرتد لأنه مسلم ظاهراً أو باطناً ، وهذا إن كانت التبعية لأحد أبويه .

ولو علق بين كافرين ثم أسلم أحدهما قبل بلوغه حكم بإسلامه حالاً سواء أسلم أحدهما قبل وضعه أو بعده وسواء قبل تمييزه أو بعده وقبل البلوغ لقوله تعالى : ﴿ والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بإيمان ألحقنا بهم ذريتهم ﴾[١] .

وفى معنى الأبوين الأجداد والجدات وإن لم يكونوا وارثين وكان الأقرب حياً وليس معنى هذا أن يحكم بإسلام جميع الأطفال بإسلام أبيهم آدم عليه الصلاة والسلام لأن مرادنا فى جد يعرف النسب إليه بحيث يحصل بينهما التوارث .

ولو سباه ذمى أو مستأمن وحمله إلى دار الإسلام لم يحكم بإسلامه فى

---

(١) من الآية (٢١) من سورة الطور .

الأصح لأن كونه من أهل دار الإسلام لم يؤثر فيه ولا فى أولاده فكيف يؤثر فى سببه ولأن تبعية الدار إنما تؤثر فى حق من لا يعرف حاله ولا نسبه فيكون على دين سابيه .

والثانى : يحكم بإسلامه تبعاً للدار .

ولو سباه مسلم وذمى حكم بإسلامه تغليباً لحكم الإسلام . ولو سباه ذمى وباعه لمسلم أو المسلم الذى سباه مع أحد أبويه فى جيش واحد ولو دون أبويه من مسلم لم يتبع المشترى لفوات وقت التبعية لأنهما إنما تثبت ابتداء.

هل يصح إسلام الصبى المميز؟

إذا أسلم الصبى المميز المستقل عن أبويه ولم يدخل فى سبى مسلم فهل يصح إسلامه فى تلك الحكم خلاف :

الأول : وهو الصحيح المنصوص فى القديم والجديد أنه لا يصح لأنه غير مكلف فأشبه غير المميز والمجنون وهما لا يصح إسلامهما اتفاقاً ولأن نطقه بالشهادتين إما خبر وإما إنشاء فإن كان خبراً فخبره غير مقبول وإن كان إنشاء فهو كعقوده وهى باطلة .

والثانى : يصح إسلامه حتى يرث من قريبه المسلم لأنه ﷺ دعا علياً رضى الله تعالى عنه إلى الإسلام قبل بلوغه فأجابه . ولأنه لا يلزم من كونه غير مكلف به أنه لا يصح منه كالصلاة والصوم وسائر العبادات .

وأجاب الأول عن قصة على رضى الله عنه بأنه كان بالغاً عند إسلامه كما نقله القاضى أبو الطيب عن الإمام أحمد رضى الله عنه فعلى تقدير ثبوته فلا كلام . وعلى عدم تقديره فقد ذكر البيهقى فى المعرفة أن الأحكام إنما

صارت معلقة بالبلوغ بعد الهجرة وهو صحيح لأن الأحكام إنما انيطت بخمس عشرة سنة فى عام الخندق فقد تكون منوطة قبل ذلك بسن التمييز والقياس على الصلاة ونحوها لا يصح لأن الإسلام لا يتنفل به وعلى هذا يحال بينه وبين أبويه الكافرين لئلا يفتنوه وهذه الحيلولة مستحبة على الصحيح فيتلطف بوالديه ليأخذ منهما فإن ابيا فلا حيلولة .

وقيل : إنها واجبة احتياطاً للإسلام ولا نمنعه من الصلاة والصوم وغيرهما من العبادات كما قال الزركشى اخذاً من كلام الشافعى ويدخل بإسلامه الجنة إذا أمرّه علي قلبه كما لو اظهره ويعبر عنه بصحة إسلامه باطناً لا ظاهراً .

فإن بلغ ثم وصف الكفر هدده وطولب بالإسلام . فإن أصر رد إليهما واحترز بالمميز عن غيره من صبى ومجنون فلا يصح إسلامهما قطعاً وأنه يصح إسلام المكلف بالنطق من القادر عليه والإشارة من العاجز عن النطق قطعاً وكالمكلف المتعدى بكفره .

إذا مات أطفال الكفار ولم يتلفظوا بالإسلام فهل يدخلون الجنة :

فى دخولهم الجنة خلاف والأصح أنهم يدخلون الجنة لأن كل مولود يولد على الفطرة فحكمهم حكم الكفار فى الدنيا فلا يصلى عليهم ولا يدفنون فى مقابر المسلمين . وحكمهم حكم المسلمين فى الآخرة .

حكم استلحاق اللقيط :

إذا استلحق شخص لقيطاً حكم بإسلامه فإن كان ذلك الشخص الذى استلحقه مسلماً لحقه بالشروط المذكورة فى الإقرار لأنه أقر له بحق لا ضرر فيه على غيره . فأشبه ما لو أقر له بمال ويسن للقاضى أن يقول للملتقط من

أين هو ولدك من زوجتك أو شبهة فإنه قد يتوهم أن الالتقاط يفيد النسب بل ينبغى وجوبه إذا كان المستلحق ممن يجهل ذلك احتياطاً للنسب .

واشتراط إسلام المستلحق إنما يكون فى لقيط محكوم بإسلامه فإن استلحقه كافر لحقه ولكن لا يتبعه فى الكفر.

الفصل الخامس

أحكام الجعالة

تعريف الجعالة :

الجعالة بفتح الجيم وكسرها اسم لما يجعله الإنسان لغيره على شيء يفعله وكذا الجعل والجعيلة وأما تعريفها شرعاً . فهو التزام مطلق التصرف عوضاً معلوماً علي عمل معين أو مجهول لمعين أو غيره[١] .

وعرفها بعضهم بقوله الجعالة : التزام عوض معلوم على عمل فيه كلفة ولو غير معين .

حكم الجعالة :

الجعالة جائزة والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾[٢] أى ضمين وكفيل واعتبر الرملى أن سوق هذه الآية استئناساً وليس استدلالا . وعلل ذلك الشبراملسى فى حاشيته على النهاية قائلاً : إن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا وإن ورد فى شرعنا ما يقرره . وأما الدليل المعتمد لجواز الجعالة فهو قوله : ﷺ فيما رواه أبو سعيد الخدرى أنا ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتو حيا من أحياء العرب فلم يُقْرُوهم أى لم يضيفوهم فبينما هم كذلك إذ لُدِغ سيد أولئك فقالوا : هل فيكم راق فقالوا لم تقرونا فلا نفعل أو تجعلوا لنا جعلاً فجعلوا لهم قطيع شاة من الغنم ، فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه[١] ويتفل فبرأ الرجل فأتوهم بقطيع الشاة فقالوا : لا

---

(١) حاشية الباجورى على ابن قاسم (ج٢ص٣٣) .

(٢) من الآية (٧٢) من سورة يوسف .

(٣) البزاق : الريق .

نأخذه حتى نسأل رسول الله ﷺ فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك فضحك وقال: « ما أدراك أنها رقية ؟ خذوه واضربوا لي فيه بسهم »[١] .

وفي رواية أن أبا سعيد الخدري رضى الله عنه رقى ملدوغاً بعقرب بالفاتحة على ثلاثين رأساً من الغنم وأقره ﷺ على ذلك .

والإجماع منعقدعلى جواز الجعالة لما تدعو إليه الحاجة من رد ضالة أو عمل لا يقدر عليه ، ولا يوجد من يتطوع به ، ولا تصح الإجارة عليه لجهالة فجاز أن يجعل له جعلاً كالإجارة والقراض .

الفرق بين الجعالة والإجارة :

والجعالة كالإجارة ، إلا أنها تختلف عنها في الأمور الآتية :

١ ـ جوازها وصحتها مع غير معين .

٢ ـ صحتها علي عمل مجهول .

٣ ـ توقف استحقاق العوض فيها على فراغ العمل .

٤ ـ صحتها مع عدم قبول العامل .

٥ ـ صحتها مع جهل العوض.

٦ ـ سقوط كل العوض بفسخ العامل ومن ثم فقد ذكرها بعضهم عقب الإجارة، واختار المصنف ذكرها عقب اللقيط لأن فيها طلب ضائع كاللقيط واللقطة .

أركان الجعالة :

أما أركان الجعالة فهي أربعة: عاقدان، وعوض، وعمل، وصيغة وعدها بعضهم خمسة وهي جاعل، ومجعول له ويسمى العامل، وعوض، وعمل،

---

(١) رواه الجماعة إلا النسائي وهذا لفظ البخاري وهو أتمُّ وفي رواية للدارقطني : « قلت : يا رسول الله شيء ألقي في روعي » قال الشوكاني وذلك ظاهر في أنه لم يكن عنده علم متقدم بمشروعية الرقى بالفاتحة » (نيل الأوطار ج٥ ص٣٢٦ ، ٣٢٧) .

وصيغة وسوف نتكلم عن كل ركن من هذه الأركان الخمسة على هذا الترتيب.

الركن الأول :

الجاعل ويشترط فيه شرطان :

الأول : أن يكون مطلق التصرف بأن يكون تصرفه صحيحاً فيما يجعله عوضاً سواء كان مالكاً أو غير مالك ، فدخل بذلك الولى وخرج الصبى والمجنون والسفيه .

الثانى : أن يكون مختاراً ، فإن كان مكرهاً فلا يصح جعله .

الركن الثانى :

العامل ويشترط فيه شروط هى :

الأول : أن يكون العامل مأذوناً له بالعمل من صاحب المال ، فإذا عمل من غير إذنه بأن كان له مال ضائع فجاء به ، أو ضالة فردها إليه لم يستحق الجعل لأنه بذل منفعته من غير عوض ، فلم يستحق العوض ، أما إذا أذن له وشرط له الجعل فعمل استحق الجعل ، لأنه استهلك منفعته بعوض فاستحق العوض كالأجير .

ويدخل تحت هذا الشرط صور من أهمها :

(أ) إذا أذن الجاعل لشخص فعمل غيره ، فلا شىء للعامل وإن كان معروفاً بذلك العمل ، خلافاً لأبى حنيفة .

(ب) إذا نادى فقال : من رد علىَّ ناقتى أو سيارتى فله دينار فردها من لم يسمع النداء لم يستحق الجعل لأنه متطوع بالرد من غير بدل .

الثانى : أن يكون العامل أهلاً للعمل إذا كان معيناً ، فيصح ممن هو أهل له ولو صبياً أو مجنوناً أو محجوراً عليه بسفه بخلاف صغير لا يقدر

على العمل لأن منفعته معدومة فالجعالة معه كاستئجار أعمى للحفظ .

ويجوز أن يكون العامل غير معين كقوله من رد على ضالتى فله كذا فإذا ردها استحق الجعل وهو الأجرة لم يسمع الراد ذلك من الجاعل بل سمعه ممن يثق بخبره .

الثالث : أن العامل لا يستحق العوض إلا بالفراغ من العمل ، فإن شرط له جعلاً على رد البعير الشارد فرده إلى باب الدار ففر منه أو مات قبل أن يسلمه لم يستحق شيئاً من الجعل لأن المقصود هو الرد ، والجعل فى مقابلته ولم يوجد منه شىء .

الركن الثالث : العوض ويشترط فيه :

١ ـ أن يكون مالاً مقصوداً ، محترماً أو مختصاً فإن كان غير مقصود كالدم ونحوه فلا يجوز .

٢ ـ أن يكون معلوماً لأنه عوض فلا بد من العلم به كالأجرة فى الإجارة فلو كان مجهولاً كقوله من رد مالى أو ضالتى فله ثوب أو أعطيه شيئاً فلا يجوز لأن الجعالة عقد معاوضة فلا تجوز بعوض مجهول كالنكاح .

فإن شرط له جعلاً مجهولاً فعمل ، استحق أجرة المثل ، لأن كل عقد وجب المسمى فى صحيحه وجب المثل فى فاسده ، كالبيع والنكاح ، ولأنه عقد جوز للحاجة ، ولا حاجة لجهالة العوض بخلاف العمل ، ولأن جهالة العوض تفوت مقصود العقد ، أو لا يرغب أحد فى العمل مع جهالة العوض.

ويحصل العلم بالمشاهدة إن كان معيناً ، وبالوصف إن كان فى الذمة ، فلو قال : من رد ضالتى فله ما تحمله ، وكان ما تحمله معروفاً كسرجها

ولجامها أو شيئاً أخر تنقله ضلت به وكان معروفاً للعامل . صح العوض وإلا فلا .

وخلاصة القول انه يشترط فى العوض ما يشترط الثمن فما لا يصح ثمنا لكونه مجهولاً أو نجساً لا يصح ان يكون جعلاً ، ويستحق العامل أجرة المثل فى المجهول والنجس المقصود كخمر وجلد ميتة فإن لم يكن مقصوداً كدم فلا شىء للعامل .

الركن الرابع : العمل ويشترط فيه :

أولاً : أن يكون فيه كلفة فلا عوض فيما لا كلفة فيه كقوله من دلنى على مالى فله كذا فدله عليه وهو بيد غيره لأن ما كلفه به لا يقابل بالعوض.

ثانياً : أن يكون هذا العمل ليس متعيناً عليه شرعاً فإن كان قد تعين عليه رده فلا يستحق شيئاً من العوض فإن قال من رد مالى فله كذا فرده من تعين عليه لغصب ونحوه فلا يستحق العوض المشروط لأن ما تعين عليه شرعاً لا عوض له عليه .

الثالث : أن يقوم العامل بتسليم المردود إلى صاحبه فلو تلف منه قبل تسليمه ولو بعد دخول دار المالك لكن قبل تسليمه فلا عوض له .

ولا فرق فى العمل بين كونه معلوماً وكونه مجهولاً عسر علمه للحاجة كما فى القراض بل أولى ، فإن لم يعسر علمه اشترط ضبطه ففى بناء حائط يذكر موضعه وطوله وعرضه وارتفاعه وما يبنى به وفى الخياطة يعتبر وصفها ووصف الثوب كالإجارة .

أما صحتها على المعلوم فأولى ، ومثال ذلك قوله : من رد على ضالتى من مكان كذا فله كذا وهذا هو الأصح .

وقيل : إن كان العمل معلوماً ومضبوطاً فالجعالة ممنوعة للاستغناء عنها بالإجارة .

الركن الخامس : الصيغة :

وهى من طرف الجاعل أما العامل فلا يشترط له صيغة ومن ثم فلا يشرط فيها قبول العامل باللفظ ولو كان معيناً لأن المعتبر فعله كما فى الوكالة ، ولا تبطل برده نعم لو قال له العامل أرد لك دابتك أو سيارتك ولى دينار فقال له : نعم أو رده كفى .

وإنما كانت الصيغة ركناً لأن الجعالة معاوضة وشرط الصيغة عدم التأقيت لأن التأقيت قد يفوت الغرض منها فلو قال من رد على ضالتى إلى شهر كذا فله كذا لم يصح كما فى القراض . لأن تقدير المدة مخل بمقصود العقد فقد لا يظفر به فيها فيضيع سعيه ولا يحصل الغرض .

ويتفرع على ذلك فروع نذكرها فيما يلى :

الفرع الأول : لا فرق فى الجاعل بين أن يكون جاعلاً على نفسه وأن يكون مخبراً عن غيره إن كان صادقاً وكان ثقة . فإن كان كاذباً فلا شىء له لعدم الالتزام ، وكذا إن كان غير ثقة كما لو رد مال زيد غير عالم بإذنه ولا التزامه إلا أن يعتقد الراد صدقه كما استظهره ابن قاسم .

الفرع الثانى : لو قال شخص من يدلنى على مالى فله كذا فدله غير من هو بيده استحق العوض ، لأن الغالب أنه تلحقه مشقة . بشرط أن يكون هذا الشخص قد وجد منه بحث عن هذا المال بعد حصول الجعل من المالك ، أما البحث السابق والمشقة السابقة قبل الجعل فلا عبرة بهما .

أما إذا دله من كان المال فى يده فلا يستحق شيئاً لأن ذلك واجب عليه شرعاً . فلا يأخذ عليه عوضاً . ومعنى ذلك انه متى كان الدال أو الراد غير مكلف استحق العوض المشروط أو المجعول .

وقد أفتى الإمام النووى فيمن حبس ظلماً فبذل مالا لمن يتكلم فى خلاصه بجاهه وغيره بأن المال جعالة مباحة وأخذ العوض فى ذلك حلال .. ، ونقله عن جماعة « ثم قال وفى ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفاً » .

والصحيح الذى نعلمه أن ذلك رشوة فيكون تخليص المظلوم عند السلطان وأخذ العوض عنه ليس جعالة ولا يستحق عليه أجراً وذلك لأنه إذا كان صاحب جاه يستطيع أن يرفع ظلماً وقع على إنسان بجاهه وجب عليه العمل على رفعه ، وهذا من شأنه أن يبطل الجعالة لأنها لا تكون إلا عوضاً عما لا يجب على العامل ، ومقتضى النصحية والعمل لإحقاق الحق الذى يلزم كل مسلم يمنع هذه الصورة التى أفتى بها النووى رحمه الله تعالى .

ولأنهم قالوا : إن السعى والعمل وبذل المجهود مع حصول المقصود توجب الجعالة ، وجعلوا إخبار الطبيب للمريض بدوائه عملاً تافها لا جهد فيه ولا سعى ، فلا يستحق عليه جعلاً ، فكيف بمن له جاه يمكن أن يؤثر به فى رفع ظلم أو قضاء مصلحة بدون مشقة أو جهد أو سعى إلا أن يتفوه بكلمة فهل يحل له أن يأخذ جعالة ؟

إن قياس المذهب والبناء على أصله يمنع ذلك ولا أعلم فى ذلك خلافاً فى الأصل الذى بنينا عليه ، لأنه يستمد قوته من قوله ﷺ : « الحلال بين والحرام بين » .

أما مسألة الطبيب التى أشار إليها فمراده أن الطبيب لا يستحق أجراً إذا

وصف الدواء للمريض بكلمة لأن الكلمة لا تكلفه جهداً يستحق عليه أجراً أما إذا قام بفحص المريض ووصف الدواء اللازم فلا شك أن هذا جهد يستحق الأجر عليه .

الفرع الثالث :

إذا قال : من رد على ضالتى من بلد كذا فرده من جهة نلك البلد لكن من أبعد منه فلا زيادة له لتبرعه بها ، أما إذا قال : من رده من بلد كذا فرده من مكان أقرب منه فلا يستحق إلا قسطه من الجعل ، لأنه جعل كل الجعل فى مقابلة العمل ، فبعضه فى مقابلة بعضه ، فإن رده من نصف الطريق استحق نصف الجعل . فإن كانت الطريق غير متساوية فى المرونة والسهولة بأن كان النصف الذى قطعه يمكن أن تكون أجرته ضعف أجرة النصف الآخر استحق الثلثين من الجعل ، فإن كان من البلد أو من مسافة مثل مسافته ولو من جهة أخرى استحق المسمى ، ولو رد من البلد المعين ورأى المالك فى نصف الطريق فدفعه إليه استحق نصف الجعل .

الفرع الرابع :

تصح الجعالة على عمل مجهول ، لأن الجهالة احتملت فى القراض لحصول زيادة ، فاحتمالها فى رد الحاصل أولى ، وهو مقيد بما عسر ضبطه ، فإن كان يمكن ضبطه كبناء حائط فيذكر محله وطوله وسمكه وارتفاعه وما يبنى به ، وخياطة ثوب فيصفه كالإجارة وإذا صحت الجعالة على المجهول ، فصحتها على المعلوم من باب أولى ومثال ذلك قوله : « من رد على ضالتى من مكان كذا فله كذا وهذا هو الأصح ، وقيل إن الجعالة على المعلوم ممنوعة للاستغناء بالإجارة عنها » .

أسباب فسخ عقد الجعالة :

فائدة : ينقسم العقد باعتبار لزومه وجوازه إلي ثلاثة أقسام :

أحدهما : لازم من الطرفين قطعاً كالبيع والإجارة والسلم والصلح والحوالة والمساقاة والهبة لغير الفروع بعد القبض ، والخلع .

ولازم من أحدهما قطعاً ومن الآخر علي الأصح وهو النكاح ، فإنه لازم من جهة المرأة قطعاً ، ومن جهة الزوج علي الأصح ، وقدرته ، علي الطلاق ليست فسخاً .

ثانياً : لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر قطعاً كالرهن وهبة الأصول للفروع بعد القبض والضمان والكفالة .

ثالثها : جائز من الطرفين كالشركة والوكالة والعارية والوديعة والجعالة قبل فراغ العمل .

ومن ثم فيجوز لأى منهما الفسخ قبل تمام العمل لأن عقدها جائز من الطرفين ، أما من جهة الجعل فمن حيث أنها تعلق استحقاق بشرط فأشبهت الوصية .

وأما من جهة العامل ، فلأن العمل فيها مجهول ، وما كان كذلك لا يتصف باللزوم كالقراض ، وإنما يتصور الفسخ من العامل فى الابتداء إذا كان معيناً بخلاف غيره فلا يتصور فسخه إلا بعد شروعه فى العمل .

والمرادبالفسخ رفع العقد ورده من أحد المتعاقدين أو منهما معاً وبذلك ينتهى ما اتفقا عليه : أما إذا كان الفسخ بعد العمل ، فإنه لا أثر للفسخ لأن الجعل قد لزم واستقر .

وكما تنفسخ الجعالة بفسخ أحد المتعاقدين كما سبق بيانه تنفسخ أيضاً بموت أحد المتعاقدين أو جنونه أو إغمائه ، فلو مات المالك بعد الشروع فى العمل فرده إلى وارثه استحق قسط ما عمله فى الحياة من العوض المسمى .

وإن مات العامل فرده وارثه استحق القسط منه أيضاً .

فإن فسخ قبل الشروع أو فسخه العامل بعد الشروع فلا شيء له ، لأنه لم يعمل شيئاً فى الأولى ، ولأن الجعل إنما يستحق فى الثانية بتمامه ، وقد فوته باختياره .

وإن فسخ المالك بعد الشروع فى العمل فعليه أجرة المثل لما مضى لأن جوازه يقتضى التسلط على رفعه ، وإذا ارتفع لم يجب المسمى كسائر الفسوخ لكن عمل العامل وقع محترماً فلا يحبط بفسخ غيره فرجع إلى بدله وهو أجرة المثل كالإجارة إذا فسخت بعيب وهذا هو الأصح .

وقيل : لا شيء للعامل كما لو فسخ بنفسه . ولا فرق على هذا القول بين أن يكون ما صدر عن العامل لا يحصل به مقصود أصلاً كرد الضال إلى بعض الطريق أو يحصل به بعضه كما لو قال شخص لآخر : إن علمت ابنى القرآن فلك كذا ثم منعه من تعليمه ولا يتنافى ذلك مع ما سبق ذكره حيث قلنا : إذا مات العامل أو المالك فى أثناء العمل فإنه ينفسخ العقد ويجب القسط من المسمى لأن الجاعل أسقط حكم المسمى هنا بفسخه بخلافه هناك .

ولكن هل للمالك أن يزيد أو ينقص فى الجعل الذى شرطه للعامل ؟ نعم يجوز له ذلك قبل الفراغ من العامل سواء أكان قبل الشروع فى العمل أم بعده كما يجوز فى البيع فى زمن الخيار بل إن هذا أولى كأن يقول مثلاً

من رد على ضالتى فله عشرة من الجنيهات المصرية ثم يقول : فله خمسة أو عكسه ، فيكون الاعتبار بالأخير من قوليه وهذا إذا سمعه العامل أما إذا لم يسمعه أو كان بعد الشروع فى العمل فيجب أجرة المثل للعامل على المالك لأن النداء الأخير فسخ للأول والفسخ من المالك أثناء العمل يقتضى الرجوع إلى أجرة المثل وهو الراجح عند الغزالى . وقال الماوردى والرويانى يستحق الجعل الأول وأقره السبكى والبلقينى وغيره .

واستحقاق العامل أجرة المثل إذا لم يسمعه بعد الشروع لا ينافيه أنه لو عمل شيئاً بعد الفسخ لا شىء له ، لأن ذلك فيما فسخ بلا بدل بخلاف هذا .

أما التغيير بعد الفراغ فلا يؤثر ، لأن المال قد لزم . ويتوقف لزوم الجعل على تمام العمل ، ولهذا قال النووى : ولو مات الحيوان الضال[1] فى بعض الطريق أو هرب فلا شىء للعامل ولو فى دار المالك قبل تسليمه له لأنه لم يرده .

ويستثنى من ذلك لو اكترى من يحج عنه فأتى ببعض الأعمال ومات فإنه يستحق من الأجرة بقدر ما عمل .

والفرق بينهما أن المقصود من الحج الثواب وقد حصل ببعض العمل ، وهنا لم يحصل شىء من المقصود وهذا هو الفرق الأول .

والفرق الثانى : أن الإجارة لازمة تجب الأجرة فيها بالعقد شيئاً فشيئاً والجعالة جائزة لا يثبت فيها شىء إلا بالشرط ولم يوجد .

وإذا رد العامل المال الضائع ولم يجد المالك فله أن يسلم المال المردود إلى الحاكم ويستحق الجعل، فإذا لم يكن حاكم أشهد على المال المردود واستحقه.

---

(١) الضالة : اسم لما ضاع من الحيوان خاصة كما قال الأزهرى وغيره .

وإذا أنكر المالك الجعل وقال العامل شرط جعلاً أو أنكر المالك سعى العامل فى رد ماله بأن قال لم يرده وإنما رجع بنفسه بأن كان المال بهيمة فالقول قول المالك لأن الأصل عدم الشرط والرد .

أما إذا اختلف المالك والعامل فى مقدار الجعل بعد الفراغ من العمل أو بعد الشروع وقلنا للعامل قسط ما عمله فيحلف كل منهما ويفسخ العقد وفى هذه الحالة يكون للعامل أجرة المثل كما فى الإجارة أما قبل الشروع فلا استحقاق له فلا تحالف ، ومثله الاختلاف فى قدر العمل كقوله شرطت مائة على رد النقود والتجارة فقال العامل على رد التجارة وحدها أو المال وحده فإن كان بعد الفراغ من العمل فيحلف كل منهما ويكون للعامل أجرة المثل أما قبل الشروع فلا استحقاق ولا تحالف وينفسخ العقد.

ولكن هل يضمن العامل إذا ضاع المال من يده قبل رده ؟ إن كان بتفريط فإنه يضمن وإن لم يكن ذلك بتفريط منه فلا يضمن لأن يده على ما يقع فى يده يد أمانة والله أعلم .

الفصل السادس

إحياء الموات

بيان المراد من إحياء الموات :

أما إحياء الموات فالمراد به عمارة الأرض الخربة شبهت عمارتها بإحياء الموتى وهو إدخال الروح فى جسد خال منها بجامع النفع فى كل منهما أو نقول شبهت الأرض الميتة الخربة بالميت بجامع عدم النفع فى كل منهما .

تعريف الموات لغة وشرعاً :

أما الموات لغة فهو الأرض الخربة الدارسة ، وتسمى ميتة ومواتاً وأما الموتان فهو بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع تقول رجل موتان القلب بفتح وسكون الواو أى لا بصيرة له ولا فهم ، وهو فى اصطلاح الفقهاء : الأرض التى لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد كما قال الرافعى .

شرح التعريف :

فقوله : « لا مالك لها » يحتمل أن يكون المراد منه لا مالك لها معلوم فيكون من الموات ما ظهر فيه أثر ملك كغراس شجر وأساس جدران ونحو أوتاد وعلى هذا يكون الموات شاملاً للأرض التى لا مالك لها أصلاً ولم تعمر قط أو عمرت من قبل وظهر فيها أثر ملك ولها مالك ولكنه ليس معلوماً ويحتمل أن يكون المراد بالأرض الموات التى لا مالك لها أصلاً فلا يشمل الموات إلا شيئاً واحداً وهو الأرض التى لم تعمر قط وأما الأرض التى ظهر فيها أثر ملك فلا تكون من الموات على هذا المعنى فيكون الموات على الأول أعم من الثانى لأن الأول يكون الموات شاملاً لأمرين الأول : الأرض التى لم تعمر مطلقاً . والثانى : الأرض التى عمرت ولكنها تخربت ولم يبق منها إلا آثار

العمارة السابقة كغراس شجر ودق الأوتاد ونحو ذلك .

وقوله : « ولا ينتفع بها أحد » قيد فى التعريف لابد منه ليخرج الأرض التى لا مالك لها ولكن ينتفع بها الناس كحريم المعمور ، وهو ما يحتاج إليه لمصلحة العامر من المرافق كفناء الدار ومسيل الماء ، فلا يجوز إحياؤه لأنه تابع للعامر ولا يملك بالإحياء لأننا لو جوزنا إحياءه لأبطلنا الملك فى العامر على أهله ، كما لا يجوز إحياء ما بين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الأسواق لأن هذا من جملة العامر ، ولأنا لو جوزنا إحياءه ضيقنا على الناس فى أملاكهم وطرقهم وهذا لا يجوز شرعاً لأن الشرع ورد بإحياء الموات وهذا ليس من الموات بل هو تابع للعامر كما بينا .

أقسام إحياء الموات :

ويمكن علي ضوء ما سبق أن نقسم الموات إلى قسمين :

الأول : موات أصلى وهو الذى لم يعمر قط .

الثانى : موات طارئ وهو ما عمر ثم خرب بعد عمارته وأصبح الآن غير عامر .

وهذا التقسيم لا يتأتى إلا علي الاحتمال الأول وهو أن المراد بالموات الأرض التى لا مالك لها معلوم .

وعرف الماوردى والرويانى ، الموات بأنه، ما لم يكن عامراً ولا حريماً لعامر قرب العامر أو بعد وهذا التعريف قريب من الأول .

فقوله ، « ما لم يكن عامراً » أى لم يكن عامراً فى الإسلام إذ لا عبرة بعمارة الأرض فى الجاهلية .

مشروعية إحياء الموات :

إحياء الموات مشروع، والأصل فى مشروعيته قبل الإجماع أخبار كثيرة منها ما روي عن جابر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : « من عمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها وما أكله العوافى فهو له صدقة »[1] فقوله ﷺ فهو أحق بها أى مستحق لها يملكها وفى رواية «فهى له»[2] وهذه الرواية قاطعة فى ثبوت الملك بالإحياء ولكونه أحق بها لم يحتج فى الملك بالإحياء إلي لفظ يدل علي أنه اختار ملكية ما أحياه من الأرض بأن يقول مثلاً تملكت أو أدخلتها فى ملكى ، وأما قوله : « فهو له صدقة » أى بسبب إحيائها فالفاء للسببية كما فى قوله فى حديث آخر « دخلت امرأة النار فى هرة حبستها » أى بسبب هرة وقوله : « وما أكله العوافى » أى طلاب الرزق من بنائين وفعلة وكذا طير أو بهيمة فهو له صدقة الإحياء لأنه مصدر نفع وخير للإنسان والحيوان علي السواء أما الإنسان فباكتساب الرزق بالعمل فى البناء واستصلاح الأرض البور وأما الحيوان فلأنه يأكل مما ينبت من الزرع فكان الإحياء سبباً فى الأجر.

وقد يقال إن الحديث دليل علي أن الإحياء خاص بالمسلم دون الكافر لأن الأجر لا يكون إلا لمسلم والصحيح خلافه .

فإن ثبوت الأجر والصدقة الواردين فى الحديث لا يؤخذ منهما تخصيص الإحياء بالمسلم لأن الكافر له الصدقة ويثاب عليها فى الدنيا بكثرة

---

(١) رواه البخارى وأحمد والنسائى ووقع فى البخارى : « من أعمر » بزيادة ألف فى أوله وخطئ راويها (التلخيص الحبير ج٣ ص٦١) .

(٢) رواه البيهقى من حديث كثير بنعبد الله بن عمرو بن عوف وهو ضعيف جداً لا تقوم به حجة. (التلخيص ج٣ ص٦٢) .

المال والولد وفى الآخرة بتخفيف العذاب وذلك فى أعمال الخير التى لا تتوقف صحتها علي نية كالصدقة وإحياء الموات .

ويؤيد ذلك أن اللغة تقضى أن الثواب والأجر يستوى فيه المسلم والكافر فقد جاء فى المصباح . أجره الله أجراً وأجره إذا أثابه فلم يقيد ما يسمي ثواباً بجزاء المسلم فاقتضى إن كلّ ما يقع جزاء يسمي ثواباً وأجراً سواء كان الفاعل مسلماً أو كافراً.

ولهذا يصح إحياء الكافر للأرض الموات إذا كانت ببلاد الكفار أما بلاد المسلمين فلا يجوز إحياء الكفار بها حتي ولو كان بإذن من الحاكم لأن الإحياء استعلاء والكافر ممنوع من الاستعلاء فى بلاد المسلمين .

حكم إحياء الموات :

الأرض المعمورة الميتة إما أن تكون ببلاد الإسلام أو بلاد الكفر فإن كانت ببلاد الإسلام فيجوز فيها الإحياء بشرطين :

الشرط الأول : أن يكون المحيى مسلماً ، مكلفاً أو غير مكلف ، فلو كان غير مسلم فلا يجوز له الإحياء ولو أذن فيه الإمام لأن الإحياء من الكافر كالاستعلاء وهو ممتنع عليه بدارنا وإذا أحيا غير المسلم أرضاً ببلاد الإسلام فللمسلم أن يأخذها منه ، فإن كان فيها شىء له كزرع رده المسلم إليه فإن أخذه فبها وإن أعرض عنه فهو لبيت المال ، ويصرفه الإمام فى المصالح العامة.

ولكن يجوز للذمى والمستأمن والمعاهد الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد بدار الإسلام لأن ذلك مما يخلف ولا يتضرر به المسلمون فكان ذلك مما يجوز لهما ويجوز لهما أيضاً نقل التراب من موات دار الإسلام إذا لم يتضرر به المسلمون . أما الحربى فإنه ممنوع من جميع ذلك حتي من الاحتطاب إلا أنه إذا أخذ شيئاً منه ملكه .

الشرط الثاني : أن تكون الأرض التى يراد ملكها بالإحياء حرة لم يجر عليها ملك لمسلم ولا لغيره ، فإن جري عليها ملك لمسلم أو لغيره بأن كان ذميًا أو مستأمنًا أو معاهدًا فهى لمالكه . أما إذا كانت الأرض مملوكة لحربى جاز إحياؤها وأخذها لأن مال الحربى إذا ظفرنا به أخذناه غنيمة .

فإن جهل مالكه والعمارة إسلامية بأن كانت بعد الإسلام فهو مال ضائع لأنه مال لمسلم أو ذمى أو نحوه . فيكون أمره مفوض إلي الإمام فإما أن يحفظه بعينه . أو يبيعه ويحفظ ثمنه أو يقرضه لبيت المال إلي أن يظهر مالكه إن كان يرجي ظهوره فإن لم يرج ظهوره فهو ملك لبيت المال يتصرف فيه الإمام كيفما شاء .

وإن كانت العمارة جاهلية فيملك بالإحياء فى الأظهر إذ لا حرمة لملك الجاهلية ولأنه كالموات والركاز.

والثانى : المنع من الإحياء لأنها ليست بموات .

وإن كانت بلاد الكفار فللكافر أحياؤها لأنه من حقوق داره عليه ، ولا ضرر علينا فيه فيملكه بالإحياء كالصيد ويجوز للمسلم أحياؤها أيضاً إذا لم يدفعوا المسلمين عنها فيمنعوهم من أحيائها فإن منعوهم عنها كان الصلح بيننا وبينهم علي أن البلد لنا وهم يسكنون بجزية فالمعمور منها فيء ومواتها الذى كانوا يدافعون عنه يتيحتجرحتجر ليكون فيئا لأهل الفئ ولا يكون فيئاً فى الحال بل فى المستقبل . ويفهم من هذا أن الإحياء جائز للمسلم فى الحل والحرم علي السوء ولكن يستثني من ذلك امور .

الأول : إحياء المسلم للأرض الموات بعرفة ومزدلفة ومنى لتعلق حق وقوف الحجيج بعرفة والمبيت بمنى ومزدلفة لأن ذلك من مناسك الحج .

وأما المحصب[١] وهو الموضع الذى أهلك الله فيه أصحاب الفيل بين

---

(١) المحصب : موضع بمكة علي طريق منى ، ويسمى البطحاء (المصباح ج١ ص١٦٧).

مزدلفة ومني فيجوز إلحاقة بذلك لأنه يسن للحجيج المبيت به عند الضرورة وهذا ما قاله الزركشي لكن قال الوالي العراقي ليس ذلك من مناسك الحج فمن أحيا شيئاً منه ملكه وهذا هو المعتمد .

الثاني : المرافق العامة وما في حكمها : فلا يجوز إحياء المرافق العامة من الطرق كمصلي العيد في الصحراء وموارد الماء فمن أحيا شيئاً من الموات علي شاطئ النيل أو الخلجان فيجب علي ولي الأمر ومن له قدره أن يمنعه من ذلك الإحياء .

الثالث : الأرض التي حماها السلطان فلا يجوز لأحد : أن يحيي أرضا منع السلطان عامة الناس من الرعي فيها وخصصها لمواشي الجزية والصدقة والفيء أو لمواشي رجل ضعيف لا يقدر علي الارتحال بدوابه إلي الأرض البعيدة طلباً للرعي . فإذا حمي له الإمام قطعة قريبة من داره لترعى فيها بهائمه وتكون مملوكة له فلا يجوز لأحد غيره أن يرعى فيها لأنه ملكها بهذا الإذن ومن ثم فلا يملكها إلا بإذن الإمام أو إذن نائبه .

الرابع : حريم المعمور: حريم المعمور هو ما تمس الحاجة إليه للانتفاع بالمعمور وإن حصل أصل ـ الانتفاع بدونه ومعني ذلك أن المعمور لا ينتفع به علي الوجه الأكمل إلا به ، وحريم المعمور هذا لا يجوز فيه الإحياء وإذا أحياه شخص فلا يملكه لأنه مملوك لمالك العامر وهو في حاجة ماسة إليه لتمام الانتفاع بالمعمور ولكن إذا اتسع الحريم بحيث كان يزيد علي ما يحتاج إليه العامر ثم احتيج إلى عمارة ما زاد عن ذلك فتجوز عمارته لعدم تفويت حاجة العامر إليه ولا يخفى أنه لو أريد عمارة ذلك الموضع بتمامه فلا يجوز بغير رضا صاحب العامر، فمثلا إذا اعتاد الناس في القري طرح الرماد في موضع فلا يجوز عمارة هذا المكان لأنه حريم العامر وهي القرية فإن كان يزيد عن حاجتهم فيجوز عمارة مازاد سواء كان ذلك بإذن أو بغير إذن أما عمارته

بتمامه وتكليفهم طرح الرماد فى غيره ولو قريباً منه لا يجوز لأنه باعتيادهم الرمى فيه صار من الحقوق المشتركة بينهم ، ومن ثم فلا يجوز إحياؤه إلا برضاهم .

وسمي حريماً لحرمة التصرف فيه بمعني أن لمالك العامر أن يمنع غيره من إحيائه بجعله دارا وليس له منعه من المرور فيه ولا من رعي كلأ فيه ولا من استقاء من ماء فيه ونحو ذلك .

وكما جاز إحياء مازاد علي حريم المعمور ، فإنه يجوز أيضاً الغراس فيما لا يمنع من انتفاع الناس بالحريم كأن يكون قد غرس فى مواضع يسيرة بحيث لا يفوت منافعهم المقصودة من الحريم .

وخلاصة القول أنه لا يجوز إحياء ما تمس حاجة المعمور إليه من الحريم ولا يثبت الملك فيه بالإحياء لأنه مملوك لمالك العامر ومن ناحية أخري فإنه تابع للمعمور والإحياء لا يجوز إلا فى الأرض الموات فإن زاد الحريم عما يحتاج إليه المعمور فلا مانع من إحياء الزائد عن حاجة المعمور أما ما يحتاج إليه المعمور من الحريم فلا يجوز فيه الإحياء إلا بإذن من له حق الانتفاع بالمعمور والله أعلم.

حريم القرية والبئر والدار والنهر :

وإذا كان الحريم يختلف فى كل شىء بحسبه فإن حريم القرية يختلف عن حريم البئر والنهر والدار لاختلاف كل واحد منها بحسب الغرض الذى أعد من أجله .

فحريم القرية المحياة يتناول كل ما تمس حاجة القرية إليه ويشمل ذلك ما يلى :

١ ـ النادى وهو المكان الذى يجتمع فيه أهل القرية يندون أى يتحدثون

ويسمرون ، ويطلق النادى علي أهل المجلس فلا يسمي نادياً إلا والقوم فيه وأما إذا لم يكونوا فيه فيسمي مجتمع الناس .

٢ ـ مرتكض الخيل بفتح الكاف وهو مكان سوق الخيل لسباقها سواء أكانوا خيالة أم لا لأنه قد تحدث لهم الخيل أو يسكن القرية بعدهم من له رغبة فى الخيل وهذا هو الأصح خلافاً للإمام ومن تبعه حيث اعتبر مرتكض الخيل إذا كان أهل القرية خيالة وإلا فلا .

٣ ـ مناخ الإبل بضم الميم ومثله موضع وقوف السيارات فى المدن وهو الموضوع الذى تناخ فيه إذا كانوا أهل إبل ويفهم منه أنه إذا لم يكونوا أهل إبل فلا يكون مناخ الإبل من حريم القرية وفارق ذلك مرتكض الخيل حيث كان المرتكض من لوازم القرية ولو لم يكونوا أهل خيل لأن الخيل لازمة للجهاد وقد حث الشرع علي اقتنائها والتدريب علي ركوبها ولا تخلو منها قرية من قري المسلمين وقد ورد الأمر بتعلم ركوبها فى قوله ﷺ : « تعلموا السباحة والرماية وركوب الخيل » .

٤ ـ مطرح رماد وسرجين وقمامة وهى الزبالة .

٥ ـ ومن حريم القرية الجرين المعد لدياسة الحب فيمتنع التصرف فيه بما يعطل منفعته على أهل القرية أو ينقصها ومن ثم فلا يجوز زرعه فى وقت الاحتياج إليه. فإن زرع وحدث خلل فى الأرض من أثر زرعه وامتنع بسبب ذلك كمال الانتفاع المعتاد فيلزم من زرعه تعويض الضرر الذى ترتب علي ذلك .

٦ ـ ومن الحريم مراح الغنم وملعب الصبيان ومسيل الماء وطرق القرية لأن العرف مطرد بذلك وعليه العمل خلفاً عن سلف .

ومنه مرعى البهائم إن قرب عرفاً من القرية واستقل كما قاله الأوزعى

ومست حاجتهم له ولو فى بعض السنة فيما يظهر ومثله المحتطب .

وهذه المنافع وإن كانت خاصة بأهل القرية إلا انه لا يجوز لأهل القرية أن يمنعوا المارة من رعي مواشيهم فى مراعيها المباحة .

وأما البئر فنوعان :

الأول : بئر استقاء .

الثانى : بئر قناة محياة .

بئر الاستقاء وحريمها :

أما بئر الاستقاء فهى ما كانت مطوية وينبع منها الماء وحريمها يشتمل علي الأمور الآتية :

١ - موقف النازح من جانب واحد أو اكثر حسب ما يستقى به من شخص أو دابة فإن كان النازح شخصاً فالحريم موقف النازح من جانب واحد وإن كان دابة فحريمها قدره من سائر الجوانب وهو المسمى بالمدار ، والذى يتجه اعتبار العرف والعادة .

٢ - موضع الدولاب إن كان الاستقاء به والدولاب بضم أوله اشهر من فتحه فارسى معرب ويكون علي شكل الناعورة ويطلق علي ما يستقى به النازح ويمسي الشادوف وما تستقى به الدابة ويسمي الساقية .

٣ - والحوض وهو يطلق عرفاً علي مصب الماء الذى يذهب منه إلي مجتمعه ويطلق علي مجتمع الماء .

بئر القناة وحريمها :

وأما بئر القناة فهى المحفورة من غير طى وينبع منها الماء أو هى حفرة

فى الأرض ينبع منها عين وتسيل فى القناة بأن كان الماء يأتى فى تلك القناة إلي تلك البئر فيجتمع فيها ثم يعلو ويطلع وهذا النوع من الآبار لا يعرف له وجود إلا فى الفيوم .

وحريمها ما لو حفر فيه نقص ماؤها أو خيف انهيارها أى سقوط حافتيها ، ويختلف ذلك بحسب صلابة الأرض ورخاوتها وإنما لم يعتبر فى هذه البئر ما مر فى بئر الاستقاء لأن المدار فى حفظها على حفظ مائها لا غير . ولهذا بحث الزركشى جواز البناء فى حريمها بخلاف حفر البئر فيه فإنه لا يجوز .

وأما حريم النهر كالنيل فهو ما تمس الحاجة إليه فى الانتفاع به فيدخل فى حريم النهر ما يحتاج إليه لإلقاء الأمتعة ، وما يخرج منه عند حفره أو تنظيفه وحكم هذا أنه يمتنع البناء فيه فلو بنى فيه شيئاً وجبت إزالته ولو كان الشيء الذى بناه فى الحريم مسجداً ونقل إجماع الأئمة الأربعة علي ذلك .

ويعتبر ما ذكر من الحريم حتي ولو بعد عنه الماء بحيث لم يصر من حريمه لاحتمال عود الماء إليه ، فإن أيس من عوده جاز وهو الظاهر . ويؤخذ من ذلك أن ما كان حريماً لا يزول عنه وصف الحريم بزوال متبوعه ما دام عوده محتملاً وهذا هو المعتمد .

حكم الانتفاع بحريم الأنهار :

أما الانتفاع بحريم الأنهار فإن فيه اتجاهين :

الاتجاه الأول : إذا كان الانتفاع بحريم الأنها كحافاتها بوضع الأحمال والأثقال أو تحويط مكان فيه بقصب ونحوه لحفظ الأمتعة فيه فهذا ينبغى أن يقال : إن فعله بقصد الانتفاع به وكان ذلك لا يضر بانتفاع غيره ولم يضيق

علي المارة ونحوهم ولا عطل أو نقص منفعة النهر كان جائزاً .

وحيث كان ما فعله جائزاً فلا أجرة عليه فى مقابل الانتفاع ، وإن كان ما فعله غير جائز فيكون حراماً وإذا حرم لزمته الأجرة لمصالح المسلمين .

الاتجاه الثانى : الانتفاع بما يحدث فى خلال النهر من الجزر ، والوجه الذى لا يصلح غيره امتناع إحيائها لأنها من النهر أو حريمه لاحتياج راكب البحر والمار به إلي الانتفاع بها لوضع الأحمال والاستراحة والمرور ونحو ذلك . بل هى أولي بمنع إحيائها من الحريم الذى يتباعد عنه الماء .

ولكن هل يتوقف الانتفاع بهذه الجزر علي إذن الإمام ؟ أقول : إن القول بأن الانتفاع بها يتوقف علي إذن الإمام فيه نظر ، والأقرب إلي الصواب هو القول بعدم توقف ذلك الانتفاع علي إذن الإمام ، ولا يكون آثماً بذلك . ولكن يلزمه الأجرة مقابل هذا الانتفاع وذلك علي القول بجواز الانتفاع بهذه الجزر.

وأما حريم الدار العامرة فهو إما أن يكون حريماً مستقلاً بها أو مشتركاً بينها وبين غيرها من الدور الأخري .

الحريم المشترك :

يكون الحريم مشتركاً إذا كانت الدار محفوفة بدور وحينئذ فليس لها فى هذه الحالة حريم مختص بها وإنما لها حريم مشترك بينها وبين جميع الدور وذلك بشروط :

الأول: أن تكون الدور متلاصقة أو تكون بطريق نافذ كما قاله الرافعى.

الثانى : أن تكون هذه الدور تم إحياؤها فى وقت واحد . وذلك لأنها إذا

احييت معاً او جهل حالها فلا حريم لها لانتفاء المرجح لها علي غيرها ، وذلك لأن ما يجعل حريما لها ليس بأولي من جعله حريماً لغيرها .

الثالث : ان تكون الدار بطريق نافذ فلا حريم لها لأنه لعامة المسلمين بخلاف ماذا كانت فى طريق غير نافذ فهذه لها حريم خاص بها كالدار المبنية فى موات .

الحريم المختص :

اما إذا كانت الدار احييت فى موات فحريمها يكون مختصاً بها ، ويتكون الحريم مما يأتى :

أولاً : ممر الدار وهو يكون عادة فى صوب الباب أى فى مواجهته ويكون بمقدار الحاجة وما قيل من أن تقديره سبعة أذرع فمحول علي عرف المدينة الشريفة وهى المدينة المنورة عليها وعلي ساكنها أفضل الصلاة و أزكي السلام .

ثانياً : فناء جدران الدار بكسر الفاء والمد وهو ماحواليها من الخلاء المتصل بها ونقل ابن الرفعة فى أصح الوجهين أن فناء الدار ليس حريماً ، ونقل ذلك الزركشى عن الأكثرين ولكن يمنع الغير من حفر بئر بقربها ومن سائر ما يضر بها كإلصاق جداره بها لأنه يضر ملك غيره .

ثالثاً : يدخل فى حريم الدار مطرح رماد وكناسة بالضم ما يكنس وهى الزبالة للحاجة إلي ذلك .

إذا تصرف المالك فى ملكه فمتى يكون ضامناً لما يترتب علي هذا التصرف ؟

لكل واحد من الملاك أن يتصرف فى ملكه . فإن كان بما جرت به العادة

فلا ضمان عليه وإن أدي إلي ضرر جاره أو إتلاف ماله فمن حفر بئر ماء أو حش[١] فاختل به جدار جاره فلا ضمان عليه لأن منعه من هذا التصرف يضر به ضرراً لاجابر له ، ويكفى فى جريان العادة أن يكون جنسه يفعل بين الأبنية . ومنه حداد بين بزازين .

ويتحصل من ذلك أن الشخص يكون له أن يتصرف فى ملكه بما وافق العادة وإن أضر الملك والمالك . وله أيضاً فعل ما خالفها إن لم يضر المالك فإن كان لا يضر الملك فلا يمنع وإن ضر المالك أو ضر الأجنبى .

ومن ثم فيجوز للشخص فى أصح القولين فى المذهب أن يتخذ داره المحفوفة بالمساكن حماماً أو مدبغة أو فرناً أو اصطبلا بها وله أيضاً أن يتخذ حانوته فى البزازين[٢] حانوت حداد وقصار ولا يمنع من ذلك بشرط أن يحكم الجدران أحكاماً يليق بمقصوده لأنه يتصرف فى خالص ملكه وفى منعه إضرار به. ثم إن تصرفه هذا لا يضر الملك وإن ضر المالك بنحو رائحة كريهة.

فإن تجاوز العادة فيما ذكر ضمن الضرر الذى يلحق بملك الجار كأن دق دقاً عنيفاً ازعج الأبنية أو حبس الماء فى ملكه فانتشرت النداوة إلي جدار جاره.

ومعني ذلك أنه لا يمنع من التصرف فى ملكه إلا إذا أضر الملك وكان التصرف الذى صدر منه لم تجر العادة به ، أما إذا جرت العادة به فلا منع ولا ضمان مطلقاً .

وخلاصة القول فى هذا الرأى أن الشخص يجوز له أن يتصرف فى ملكه بما وافق العادة وإن أضر الملك والمالك ، وله فعل ما خالف العادة وإن

---

(١) الحش بضم الحاء أو فتحها بيت الخلاء الذى تقضى فيه الحاجة .

(٢) للبزازين تجارة القماش .

اضر المالك او ضر الأجنبى من باب اولي . فإن ضر بالفعل الذى جاوز العادة الملك فلا يفعله لأنه يترتب عليه الضمان .

وقيل: يمنع منه للإضرار بالجار سواء أكان الضرر فى الملك أو الشخص.

وهذا الراى ضعيف لأن الضرر لا يزول بالضرر ويؤيد هذا ما نقل عن الأصحاب انه يجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه على العادة ولا ضمان إذا افضي إلى تلفه . وانه لو كان لشخص دار فى سكة غير نافذة فله جعلها مسجداً او حانوتاً او سبيلاً إذن الشركاء فى ذلك أو لا ووجهه أن الشخص لا يمنع من التصرف فى ملكه وهذا هو المعتمد .

صفة الإحياء

المراد بصفة الإحياء كيفيته التى يترتب عليها الملك . وضابطه أن يهيأ كل شيء لما قصد منه غالباً . بحسب الغرض المقصود منه عرفاً وهذا معناه أن صفة الإحياء تختلف من شيء لآخر ، وإنما وجب الرجوع إلي العرف لأن الشارع أطلقه ولم يبينه وليس له حد فى اللغة فوجب الرجوع فيه إلي العرف كالحرز والقبض . وفيما يلى بيان كيفية إحياء المسكن والزريبة والمزرعة والبستان والبئر .

أولاً : إحياء المسكن :

فإن أراد مسكناً اشترط لإحيائه شروط وهى :

١ ـ تحويط البقعة بما جرت به عادة الناس فى ذلك المكان إما بآجر[١] أو لبن[٢] أو قصب أو مسلح وهو المعتمد .

(١) الآجر : الطوب الأحمر المصنوع من الطين ثم حرق بالنار.

(٢) الطوب قبل الحرق بالنار.

وبناء عليه فيلزمه الرجوع فى جميع ذلك إلي العادة ، فمثلاً لو اعتاد نازلوا الصحراء عند نزولهم فى موضع منها تنظيف الموضوع من نحو شوك وحجر وتسويته لضرب خيمة وبناء معلف ففعلوا ذلك . فإن كان بقصد التملك ملكوا البقعة وإن ارتحلوا عنها . وإن كان بقصد الارتفاق فهم أولي بها إلي أن تنتهى رحلتهم .

٢ ـ نصب باب وسقف بعض البقعة لتتهيأ للسكني ويقع عليها اسم المسكن . إلا إذا أراد أن يهيئ موضعاً للنزهة فى زمن الصيف والعادة فيه عدم السقف فلا يشترط السقف حينئذ .

أما المسجد فلا يشترط فيه إلا تحويط البقعة التى يراد جعلها مسجداً فلو حوطها لأجل أن يجعلها مسجداً صارت مسجداً بالنية وإن لم يبن فيه أو لم يسقف ومثله مصلي العيد واعتبر السبكى فى المسجد السقف .

ثانياً : إحياء الزريبة : وإن أراد زريبة للدواب ومثلها حظيرة لجمع ثمار وغلات وغيرها فيشترط فى إحيائها شرطين :

الأول : تحويط المكان بالبناء بما جرت به العادة ، فلا يكفى فى إحياء الزرائب والحظائر نصب أخشاب أو وضع أخشاب أو وضع أحجار من غير بناء لأن المجتاز أثناء سفره يفعل ذلك والمتملك لا يقتصر عليه عادة .

الثانى : نصب الباب ، وذلك لأن نصب الباب شـــرط فى إحـــياء الزريبة علي الأصح كما أنه شرط فى إحياء المسكن ويؤخذ فى الاعتبار أن العادة لوجرت فى بعض البلاد بتـــرك باب الدواب لم يتوقف إحياؤها علي الباب .

أما السقف فلا يشترط فى إحياء الزريبة لأن العادة فيها عدمه.

ثالثاً : إحياء المزرعة : أما المزرعة فيشترط فى إحيائها ما يأتى :

١ ـ تحويط البقعة بتراب وذلك بأن يجمعه حولها ونحو ذلك كتحويط بنحو حجر أو شوك لينفصل المحى عن غيره كجدار الدار .

٢ ـ يشترط للمزرعة أيضاً تسوية الأرض بطم(١) المنخفض وكسح المستعلي وحرثها أن توقف زرعها عليه مع سوق ما توقف الحرث عليه ، وتليين ترابها بما يساق إليها لتتهيأ للزراعة .

٣ ـ ويشترط تهيئة ماء لها بشق ساقية من نهر أو حفر بئر وقناة إن لم يكفها مطر معتاد فإن كفاها المطر فلا حاجة إلي تهيئة الماء لها .

ويؤخذ من التعبير بتهيئة الأرض للزراعة عدم اشتراط السقى بالفعل بل يكفى حفر طريقه بحيث لا يبقي إلا إجراؤه . فإن فعل ذلك كفاه فى الإحياء بالنسبة للمزرعة .

ويستثني من ترتيب الماء صورتان :

الأولى : اراضى الجبال إذا كان لا يمكن سوق الماء لها ، ويكفيها المطر المعتاد فإنها تملك بالحراثة وجمع التراب فى أحد وجهين اقتضي كلام الرافعى ترجيحه ونقله الخوارزمى عن سائر الأصحاب .

الثانية : اراضى البطائح وهى بناحية العراق وهى أرض قد غلب عليها الماء فالشرط فى إحيائها حبس الماء عنها لتتهيأ للزراعة كما أن إحياء اليابس يكون بسوق الماء إليه .

أما اشتراط الزرع لإحياء المزرعة ففيه ثلاثة أوجه :

أحدهما : انه لا يشترط لأن الإحياء قد تم بما سبق وما بقى إلا الزراعة

---

(١) طم المنخفض ردمه بحيث يتساوى مع الأرض.

وذلك انتفاع بالمحيا فلا يكون الزرع شرطاً كما لا يشترط سكني الدار .

والثانى : وهو ظاهر ما نقله المزنى : انه لا بد فى الإحياء من الزراعة لأنها من تمام العمارة ، وذلك خلاف سكنى الدار فإنه ليس من تمام العمارة وإنما هو كالحصاد فى الزرع .

الثالث : وهو قول أبى العباس ، انه لا يتم إلا بالزراعة والسقي ، لأن العمارة لا تكمل إلا بذلك ، وأما الحصاد فلا يشترط جزماً . والأول هو الصحيح .

فائدة : ما يبذر فى الأرض يقال له زريعة بتخفيف الراء وجمعها زرائع .

رابعاً : إحياء البستان : وأما إحياء البستان فيشترط فيه شروط يمكن إجمالها فيما يلى :

١ - جمع التراب حول الأرض كالمزرعة إن لم تجر العادة بالتحويط وإلا فيشترط التحويط إما ببناء أو بقصب[١] أو شوك حيث جرت العادة إذ الإحياء لا يتم بدونه ، ويفهم من هذا أنه لا يشترط الجمع بين التحويط وجمع التراب ولهذا حمل الزركشى جمع التراب علي إصلاح تراب الأرض وتهيئته لما يراد له لا جمعه حولها .

وبعض الفقهاء اشترط التحويط ويجب الرجوع فيما يحوط به إلي العادة .

٢ - ويشترط أيضاً لإحياء البستان ، تهيئة ماء له بحسب العادة إن لم يكفه مطر كالمزرعة .

٣ - ويشترط غرس البستان كله أو بعضه بحيث يسمي بستاناً كما

(١) القضب عيدان البوص والذى يسمي الغاب وهو القصب الفارسي

أفاده الأذرعى بحيث يقع على الأرض اسم البستان ، فلا يكفى غرس شجرة أو شجرتين فى المكان الواسع على المذهب إذ لا يتم اسمه بدونه أى أن البستان لا يطلق عليه اسم البستان إلا بالغرس الذى يكفى لإطلاق هذا الاسم عليه . وبهذا علم اعتبار الزرع فى المزرعة .

وقيل لا يشترط فى البستان غرس الأشجار كما أن الزرع فى المزرعة لا يشترط ، وفرق الأول بأن اسم المزرعة يقع على الأرض قبل الزرع واسم البستان لا يقع عليها قبل الغرس ، ويترتب على هذا أن من شرط الزرع فى المزرعة شرط الغرس فى البستان بطريق الأولى كما قال الرافعى لكن لا يشترط أن يثمر الغرس فى البستان باتفاق .

والظاهر أنه لا يشترط نصب باب للبستان وهو كذلك ، وإن خرج الحاوى الصغير تبعاً للغزالى القول باشتراطه .

خامساً : إحياء البئر ويشترط فيه :

١ ـ خروج الماء .

٢ ـ طى البئر الرخوة بخلاف الصلبة . وأما إحياء بئر القناة فيشترط فيه مع خروج الماء جريانه .

أما لو حفر نهراً ممتداً إلى النهر القديم بقصد التملك ليجرى فيه الماء ملكه وإن لم يجره كما لا يشترط السكنى فى إحياء السكن .

الإحياء سبب من أسباب الملك :

إذا تم الإحياء على الصفة المذكورة ثبت الملك فيه لمن قام بالإحياء ولا يتوقف ذلك على صيغة أو تلفظ يفيد أنه ادخله فى ملكه وليس لأحد أن يزيله

عنه إلا بإذنه فإن قال تنازلت عن تملكى فى هذا الإحياء فقد زال عنه الملك وكان لغيره أن يعمره .

ولكن هل يشترط القصد فى الإحياء ؟

أما القصد فلا يشترط لأنه غير معتبر فى المذهب ، والقصد هو المعبر عنه بالنية ، وبناء عليه فلو أحاط شخص مواتاً بقصد أن يكون حظيرة أو داراً ثم لم يتخذه لما قصده له ملكه بالقصد الطارئ ، ولو كان القصد شرطاً لما صح له ذلك ، أما ما يفعل عادة له ولغيره كحفر بئر فإنه يتوقف ملكه على قصده فإن أحياه بقصد الملك ملكه وإلا فلا .

الفرق بين الإحياء والاحتجار :

الاحتجار هو الشروع فى عمل إحياء لم يتمه ، كما لو حفر أساساً أو حوط بقعة بأحجار أو خشب أو بناء شيء فيها أو جمع تراباً حولها ، فمن فعل شيئاً من ذلك فهو محتجر لهذا المكان أى مانع لغيره منه .

الحق الذى يثبت بالاحتجار :

والمحتجر يثبت له حق اختصاص على العين المحتجرة فيكون أحق بها من غيره ولكن لا يثبت به الملك لأن سبب الملك هو الإحياء ولم يوجد وبناء عليه فإن المحتجر يكون أحق بما احتجره من غيره والمراد ثبوت أصل الأحقية له إذ لاحق لغيره فيه لحديث أبى داود ، من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به ،[1] .

حق الاختصاص لا يثبت إلا بشرطين :

الأول : أن يكو المحل الذى احتجره لا يزيد على كفايته .

الثانى : أن يكون قادراً على عمارته فى الحال دون المآل .

---

(١) رواه أبو داود من حديث أسمر بن مضرس قال البغوى : لا أعلم بهذا الإسناد غير هذا الحديث وصححه الضياء فى المختارة (التلخيص ج٣ ص٦٢) .

فإن كان ما احتجره زائداً على كفايته فلغيره إحياء الزائد دون ما سواه لأن ما سواه باق تحجره فيه ولو شائعاً . وإن كان غير قادر على الإحياء فى الحال فلا يكون أحق به حتى ولو كان قادراً عليه فى المآل .

حكم التصرف فى حق الاختصاص :

إذا كان للمحتجر حق اختصاص ، فالأصح المنصوص أنه لا يصح التصرف فيه ببيع أو نحوه لأن حق التملك لا يباع ولا يوهب ولا يرهن كحق الشفعة ، وإنما يكون له نقله إلى غيره ، وإيثاره به من غير مقابل كإيثار غيره بجلد الميتة قبل الدباغ **والثانى** : يصح بيع حق الاختصاص كبيع علو البيت للبناء والسكنى دون أسفله .

حكم إحياء ما احتجره غيره :

إذا شرع شخص فى الإحياء وقبل أن يتمه جاء شخص آخر فأحياه ملكه وإن اعتبر بهذا الفعل عاصياً فيصح الملك مع أنه آثم كما لو سام على سوم[1] أخيه .

والثانى : لا يملكه لئلا يبطل حق غيره .

ومحل هذا الخلاف إذا لم يعرض المحتجر عن العمارة ، وإلا ملكه المحيى قطعاً .

متى يسقط حق المحتجر ؟

يسقط حق المحتجر إذا طالت مدة الاحتجار عرفاً بلا عذر بدون إحياء فيطلب السلطان أو نائبه منه أن يتمم الإحياء أو يترك ما تحجره لما فى احتجاره بدون إتمام الإحياء من التضييق على الناس فى حق مشترك فيمنع

(١) سام البائع السلعة سوماً عرضها للبيع وسامها المشترى طلب بيعها ومنه لا يسوم احدكم على سوم أخيه أى لا يشتر ويجوز حمله علي البائع أيضاً (المصباح المنير ج١ ص٣٥١) .

منه . فإن طلب مدة يقوم فيها بالإحياء وكان له عذر مقبول أمهل مدة قريبة بحسب رأى الإمام رفقاً به ، ودفعاً لضرر غيره ، فإن مضت المدة المقررة ولم يفعل شيئاً بطل حقه . وتقدر المدة التى يسقط فيها حقه فى الاحتجار بثلاثة أيام أو بعشرة فإذا مضت ولم يعمرها بطل حقه من غير رفع إلى سلطان وأيضاً يبطل حقه بمضى المدة بلا مهلة ، لأن الاحتجار ذريعة إلى العمارة ، وهى لا تؤخر عنه إلا بقدر تهيئة أسبابها ، فإذا كان لا يقدر على تهيئة الأسباب ليعمر ما احتجره فى القابل وجب أن يعود مواتاً كما كان إذا تأخر وطال الزمان .

أما إذا لم يذكر عذراً أو علم منه الإعراض فينزعها منه حالا ولا يمهله وهو ظاهر لأن الاحتجار ذريعة إلى العمارة وهى لا تؤخر إلا بقدر تهيئة أسبابها كما سبق .

الفرق بين الإحياء وإقطاع الأرض :

الإقطاع مأخوذ من قطع الشيء يقطعه قطعاً والقطعة من الشيء الطائفة منه وأقطعه أرضاً أى أعطاه طائفة من أرض الخراج. ويفهم من هذا أن إقطاع الأرض هو اقتطاع الإمام قطعة من الأرض الخراجية لشخص يقدر على إحيائها .

متى يكون الإقطاع جائزاً ومتى يكون غير جائز ؟

يكون الإقطاع جائزاً بإذن الإمام أو نائبه ، ويثبت به الحق بمجرد الإقطاع لمن أقطعه الإمام وإلا فلا تظهر فائدة الإقطاع ، ومعلوم أنه لا يجوز لأحد غير الإمام أو نائبه أن يقطع أحداً من الناس أرضاً، فإذا أقطع الإمام أو نائبه شخصاً فإن كان يقصد تملك الرقبة ملكها المقطع له أو بقصد الارتفاق[١] فله ذلك .

---

(١) الارتفاق هو الانتفاع بالأرض دون تملك العين.

والأصل فى مشروعية الإقطاع ما ورد فى الصحيحين : « أنه ﷺ أقطع الزبير بن العوام أرضاً من أموال بنى النضير » وما رواه الترمذى وصححه أنه ﷺ (أقطع وائل بن حجر أرضاً بحضر موت)[1] وهذا الحكم بالنسبة للإقطاع ، أما المندرس الضائع من الأرض فإن كان يرجى ظهور مالكه فإنه يحفظ له وإلا صار ملكاً لبيت المال ، ويكون للإمام أن يقطعه لمن شاء ملكاً أو ارتفاقاً بحسب ما يرى فيه المصلحة .

شروط إقطاع الإمام : لا يجوز للإمام أن يقطع أرضاً مواتاً إلا بشرطين :

الشرط الأول : أن يكون مسلماً فلا يقطع الإمام ذمياً فى دار الإسلام.

الشرط الثانى : أن يكون قادراً يقدر على إحيائه لأنه اللائق بفعله ، المنوط بالمصلحة .

وأما إقطاع العامر فيكون إما إقطاع تمليك ، أو إقطاع استغلال وارتفاق أى تمليك المنفعة دون العين والأول . هو أن يقطع الإمام ملكاً أحياه بالأجراء أو الوكلاء أويكون الإمام قد اشتراه أو اشتراه وكيله وهذا النوع من الإقطاع ، يملكه المقطع له بالقبول والقبض ويسمى هذا الإقطاع معاشاً .

والثانى : وهو إقطاع الارتفاق أو الاستغلال ، وهو أن يقطع غلة أراضى الخراج وهو جائز بلا خلاف إذا وقع فى محله بأن يكون الشخص من أهل النجدة كما قال الأذرعى ، ويملكها المقطع له بالقبض ويختص بها من

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه البيهقى . وثبت أن النبى أقطع عبد الله بن مسعود حين قدم المدينة فيمن أقطع فقال له أصحابه : يا رسول الله نكبه عنا ، قال : « فلم بعثنى الله إذاً ؟ إن الله لا يقدس أمة لا يعطون الضعيف منهم حقه » وإسناده قوى وفى الصحيحين قالت أسماء : كنت أنقل النوى فى أرض الزبير التى أقطعه رسول الله (التلخيص ج٣ ص٦٤) .

السلطان ، فإن أقطعها شخصاً من أهل الصدقات بطل لأنه لا يقدر على القيام بها .

أما أهل المصالح فلا يجوز للسلطان إعطاؤهم من مال الخراج شيئاً إلا بشرطين .

الأول : أن يكون المال قد وجب بسبب استباحوه به ، كالتأذين أو الإمامة ونحوهما ، ومعنى هذا أنهم لا يأخذون المال إلا بسبب قيامهم بعمل معين .

الثانى : أن يكون قد حل أجل المال ووجب لتصح الحوالة به ويكون المال بهذين الشرطين قد خرج عن حكم الإقطاع وأصبح أجراً فى نظير عمل .

مالا يجوز فيه الإقطاع : أما الأرض التى لا يجوز إقطاع الإمام لها فهى ما يلى :

١ - لا يجوز للإمام أن يقطع ما أقطعه النبى ﷺ حتى لا ينقض ما حماه النبى ﷺ .

٢ - لا يجوز إقطاع الأملاك المتخلفة عن السلاطين بالموت أو القتل بل ولا تدخل فى ملك الإمام القائم وإنما هى حق لورثتهم إن عرفوا فإن لم يعرفوا أو لم يكن له ورثة فحكم هذه الأملاك حكم الأموال الضائعة أى أن حكمها حكم اللقطة .

٣ - أرض الفئ لا يجوز إقطاعها تمليكاً .

٤ - لا يجوز إقطاع الأراضى التى اصطفاها الأئمة لبيت المال من فتوح البلاد ثم آلت إلى بيت المال بحق الخمس أو باستطابة نفوس الغانمين .

٥ - لا يجوز إقطاع أراضى الخراج صلحاً .

٦ - لا يجوز إقطع أراضى من مات من المسلمين ولا وارث له ، مطلقاً فى أصح الوجهين .

الفرق بين الحمى وإحياء الموات :

الحمى فى اللغة معناه المنع ، ورد فى المصباح حميت المكان من الناس أى منعتهم عنه وأحميته بالألف جعلته حما لا يقرب .

ولا يحمى إلا الإمام أو نائبه أو والى ناحية ، وإنما حمى الإمام أيضاً لنعم[١] ضالة أو لخيل الجهاد وغير ذلك من المصالح ، ومنها ما حماه الإمام لتكون مرعى لنعم الجزية أو الصدقة أو لنعم رجل ضعيف لا يقدر على النجعة (بضم النون) ، أى الإبعاد فى طلب المرعى ، امتنع على عامة الناس إحياؤها . فيجوز للإمام أو لنائبه أن يمنع الناس من رعى جزء معين لهذا الغرض لكن بشرط أن يكون ما حماه الإمام قليلاً من كثير بحيث يكفى الباقى حاجة الناس وإن تباعدوا للرعى .

ودليل ذلك ما روى أن النبى ﷺ حمى النقيع وقيل البقيع[٢] .

وخرج بالحمى لنعم الصدقة وغيرها من المصالح العامة ما لو حمى الإمام لنفسه فلا يجوز وخرج بالرعى الشرب فليس للإمام أن يحمى الماء العد (بكسر أوله) وهو الذى مادته لا تنقطع كماء عين أو بئر لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة والجزية وغيرها فلا يجوز ذلك لأن الماء هو أصل الحياة.

والأظهر أنه يجوز للإمام أن يحى أرضاً مواتاً لطائفة من الناس استناداً على أن الرسول قد حمى أرضاً بالبقيع أو النقيع .

ومقابل الأظهر عدم الجواز لخبر (لا حمى إلا لله ولرسوله) .

والراجح هو الأول لأنه يمكن أن يقال إن معنى هذا الحديث أنه لا يحمى

---

(١) الأنعام هى الإبل والبقر والغنم من الماشية .

(٢) رواه البخارى من طريق ابن عيينة عن الزهرى ، ورواه أحمد والحاكم وأبو داود من طريق عبد العزيز الداراوردى .. والنقيع هو من ديار مزينة وهو فى صدر وادى العقيق ، ويشتبه بالبقيع والمشهور الأول (التلخيص الحبير ج٢ص٢٨١) .

لنفسه إلا رسول الله ﷺ لأنه من خصائصه وإن لم يقع ولو وقع كان للمسلمين لأن مصلحته مصلحتهم . أو نقول إن المعنى ، لا حمى إلا مثل حمى الله ورسوله من كونه لا عوض فيه . فإنه يحرم على الإمام أخذ العوض ممن يرعى فيه كالموات بل ويحرم على الإمام أن يرعى فيه مواشى نفسه بل ويمنع الأقوياء من الرعى أيضاً لكن لو وقع منهم رعي فيه لم يغرمهم شيئاً ولا يعزرهم وإن علموا ذلك على المعتمد .

هل يجوز نقض ما حماه الإمام؟

وإذا حمى الإمام أرضاً لرعى مواشى بيت المال أو حماه غيره من الأئمة فله نقض ذلك الحمى ورفعه فيعود كما كان بشرط أن تظهر مصلحة عامة فى نقضه بعد ظهورها فى الحمى .

أما حمى رسول الله ﷺ فلا يجوز نقضه مطلقاً وإن استغنى عنه لأن ما حماه رسول الله ﷺ قد ثبت بالنص ونقض ما حماه غيره من الأئمة اجتهاد من الإمام والنص مقدم على الاجتهاد فإن نقضه فهو كافر للإجماع عليه .

وقيل : يمتنع نقض ما حماه الإمام لخيل الجهاد ونحوها لتعينه لتلك الجهة كما لو عين بقعة لمسجد أو مقبرة .

حكم الارتفاق بالمنافع العامة :

المنافع العامة أو المشتركة هى التى لا يختص بها فرد دون آخر بل تكون منفعتها حقاً مشتركاً لجميـــع الناس كمنفعة الشارع والمسجد والسوق وأفنية المنازل وغيرها من المنافع المشتركة وفيما يلى بيان ذلك مفصلا .

الارتفاق بالشارع :

أولاً : الشوارع هى الطرقات وهى من المنافع المشتركة وتكون إما أصلية أو فرعية .

أما المنفعة الأصلية للشارع فهى المرور فيه لأنه وضع لذلك ، وهذه هى المنفعة الغالبة ، وأما الفرعية ، فهى الجلوس أو الوقوف فيه بقصد الاستراحة أو المعاملة أو انتظار رفيق أو سؤال عن شيء وغير ذلك من المنافع ، وهذه المنافع الفرعية تكون جائزة ما لم يترتب عليها إضرار بالناس فى المنافع الأصلية كالتضييق على المارة مثلاً ، فإن تعارضت المنافع الأصلية والفرعية قدمت الأولى على الثانية ، ولا يشترط إذن الإمام فى أى من المنافع الأصلية أو الفرعية لأن هذا الحق ثبت بالشرع وما ثبت بالشرع لا يحتاج إلى إذن الإمام.

حقوق الجالس فى الشارع وواجباته :

أما حقوقه فله وضع سرير اعتيد وضعه فيه فيما يظهر ويختص بمحله ومحل أمتعته ومعامليه فلا يجوز لغيره أن يضيق عليه فى موضعه ومحله بحيث يضر به فى الكيل والوزن والعطاء . ومن حقه منع من يقف بقربه إن منع من رؤية أو وصول معامليه إليه .

ولكن ليس له أن يمنع من قعد قريباً منه يبيع مثل متاعه ما دام لم يزاحمه فيما يختص به من المرافق المذكورة .

ومن حقوق الجالس فى الشارع مسلماً كان أوذمياً تظليل موضعه الذى يجلس فيه من الشارع بغير مثبت كثوب أو كالجناح إذا كان لا يتم انتفاعه بالموضع إلا بذلك .

أما واجبات الجالس فى الشارع فإن كان ولابد من ذلك فعليه أن يعطى الطريق حقه من غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر كما ورد ذلك فى الخبر ، وإلا فالأصل أن الجلوس فى الشارع مكروه فينبغى للمسلم أن يترفع عنه ولا يجلس فيه إلا لضرورة لقوله ﷺ : « **إياكم والجلوس فى الطرقات قالوا : يا رسول الله هذه مجالسنا وليس لنا فيها من بد فقال : إن كان ولابد فأعطوا الطريق حقه** . قالوا : وما حق الطريق قال : غض البصر وكف الأذي ورد السلام علي من عرفت ومن لم تعرف ، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر »[1] .

بعض المسائل المتعلقة بمنفعة الشارع :

١ - إذا تنازع اثنان فى موضع من الشارع فأيهما أحق به ؟

فى ذلك تفصيل نذكره فيما يلى ذلك لأنهما إما أن يصلا معاً وإما أن يكونا مسلمين أو أحدهما مسلماً والآخر ذمياً .

فإن وصلا إلا الموضع معاً وتنازعا فيه وكانا مسلمين أقرع بينهما وجوباً لانتفاء المرجح فمن خرجت القرعة له فهو أحق به . وإن كان أحدهما مسلماً . قدم المسلم على غيره دون حاجة إلى إقراع لأن انتفاع الذمى بدار الإسلام إنما هو بطريق التبعية للمسلمين .

وإن وصل أحدهما بعد الآخر ، قدم السابق ولو كان ذمياً كما هو ظاهر ، لوجود المرجح وهو السبق .

٢ - إذا جلس شخص فى موضع من شارع أو غيره ثم فارقه فهل يسقط حقه بالمفارقة ؟

---

(١) متفق عليه من حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه (رياض الصالحين للإمام النووى ص١٠٦ تحقيق مصطفي عمارة دار إحياء الكتب العربية ط الحلبى).

إن كان قد جلس فيه لاستراحة ونحوها بطل حقه بمجرد مفارقته وإن نوى العودة إليه .

أما إذا جلس فيه لمعاملة أو صناعة ثم فارقه ليعود إليه فهو أحق به إذا لم تطل مفارقته بحيث لم ينقطع معاملوه لخبر مسلم : « إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به » أما إذا طالت المدة أو فارقه تاركاً لحرفته أو محله فقد بطل حقه لإعراضه عنه .

والمدة التى بها يسقط حق المفارق لموضعه هى التى من شأنها إذا مضت أن ينقطع عنه معاملوه وإن لم ينقطعوا بالفعل .

ولا فرق فى هذا الحكم بين أن يكون الجالس قد جلس بإقطاع الإمام أو دونه وهو الصحيح فى أصل الروضة لكن يرى البعض أنه إذا كان بإقطاع الإمام فلا يبطل بالمفارقة وإن طالت وجزم به صاحب التتمة وأقره المصنف فى تصحيحه .

ثانياً : حق الجلوس فى مكان من المسجد أو المدرسة :

١ـ الجلوس لتعليم أو تعلم : ومن ألف من المسجد موضعاً يفتى فيه الناس ويقرئ القرآن أو الحديث أو الفقه أو غيرها من العلوم المتعلقة بعلوم الشرع كنحو وصرف ولغة فحكمه كالجالس فى موضع من الشارع على التفصيل المتقدم إلا أنه إذا جرت العادة بتعطيل الدراسة فى المسجد مدة ولو طالت كشهر أو شهرين مثلاً فترك مجلسه فى تلك المدة فلا يعتبر مفارقاً لمجلسه فى تلك المدة ويجرى هذا الحكم فى السوق الذى يقام فى كل شهر أو سنة مرة .

وقياساً على ما تقدم أن من استحق الجلوس فى المسجد فى مكان

مخصوص لتعليم علم ثم جلس آخر بالقرب منه بحيث يضيق عليه أو يرفع صوته بحيث يشوش عليه فى تعليمه منع من ذلك وهو ظاهر وحديث النهى عن اتخاذ المساجد وطناً يستحق فهو مخصوص بما عدا ذلك .

ومثل المسجد المدرسة ، فإن ألف فيها موضعاً يقرئ فيه قرآناً أو علماً شرعياً ولتعلم ما ذكر كسماع درس بين يدى مدرس فهو أحق به بشرط أن يستفيد أو يفيد لأن له غرضاً فى ملازمته ذلك الموضع ليألفه الناس ويعرف به.

لكن إذا غاب فيجوز لغيره الجلوس فى موضعه مدة غيبته التى لا يبطل حقه لئلا تتعطل منفعة هذا الموضع فى الحال. كما يجوز لغيره حال جلوسه أن يجلس فى هذا الموضع لغير الإقراء أو الإفتاء فيما يظهر لأنه إنما استحق الجلوس فيه لغرض معين هو الإقراء أو الإفتاء ولم يستحق الجلوس فيه مطلقاً.

ولا يتوقف حقه فى الجلوس فى ذلك الموضع من المسجد على إذن الإمام ولو لمسجد كبير أو جامع اعتيد الجلوس فيه بإذن الإمام فى أوجه الوجهين لقوله تعالى : ﴿ وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحداً ﴾[1] .

٢ ـ الجلوس فى موضع من المسجد لصلاة : ومن جلس فى موضع من المسجد لصلاة دخل وقتها أو لا فهو أحق به فى تلك الصلاة ونحوها من استماع حديث أو وعظ لأن لزوم بقعة معينة من المسجد ورد النهى عنه ولو كان الجالس صبياً فى الصف الأول ، ثم يزول اختصاصه عنه بمفارقته بعد

---

(١) الآية (١٨) من سورة الجن .

الصلاة حتى لا يألفها فيقع فى رياء ونحوه . ولأن لزوم بقعة معينة للصلاة من مما ورد النهى عنه .

أما إذا فارق موضعه من المسجد ولو قبل دخول الوقت لقضاء حاجة أو رعاف[١] او تجديد وضوء أوإجابة داع وكانت مفارقته لموضعه بنية العودة لم يبطل اختصاصه فى تلك الصلاة وما لحق بها فى الأصح . فيحرم على غيره الجلوس فيه بغير إذنه أوظن رضاه كما هو ظاهر وإن لم يترك إزاره فيه إذا علم أنه فارقه ليعود إليه لخبر مسلم « من قام من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به »[٢] . ومحل ذلك إذا لم تقم الصلاة فى غيبته فإن أقيمت سقط حقه لوجوب سد الصف مكانه .

والقول بأن من سبق وقعد خلف الإمام وليس أهلاً للاستخلاف أو كان ثم من هو أحق منه بالإمامة فيؤخر ويقدم الأحق موضعه استناداً إلى قوله ﷺ « ليليني منكم أولوا الأحلام والنهى » هذا القول ممنوع لأن الصبى إذا سبق إلى الصف الأول فلا يؤخر ، وإذا كان الصبى الذى سبق إلى الصف الأول لا يؤخر منه فغيره أولى .

وبهذا يظهر أن من سبق إلى موضع من المسجد فى الصف الأول فهو أحق به من غيره حتى تنتهى تلك الصلاة ، فإذا انتهت سقط حقه فى ذلك الموضع فى صلاة أخرى حتى ولو اعتاد الجلوس فيه .

مفارقة المسجد فى ذلك لمقاعد الأسواق وبيوت المدرسة :

فارق المسجد مقاعد الأسواق فى ذلك فإن مقاعد الأسواق مختلفة فى

---

(١) الرعاف خروج الدم من الأنف (المصباح ج١ ص٢٧٤) .

(٢) رواه مسلم من حديث أبى هريرة دون التقيد بالمسجد وقد أورده بالزيادة إمام الحرمين فى النهاية وصححه (التلخيص الحبير ج٣ ص٦٤) .

ذاتها من حيث اختصاص بعضها بكثرة الواردين فيه وبالوقاية من نحو حر وبرد أما المسجد فليس فيه شيء من هذا لأنه إنما أعد للصلاة وبقاعه كلها صالحة لهذا الغرض .

وفارق أيضاً بيوت المدرسة إذا فارقه ساكنه لأن المسجد لا يقصد للسكنى فيه وإنما تؤلف بقاعه لأجل الصلاة فيها أما بيوت المدارس فإنها تقصد للسكنى بها فاعتبر ما يشعر بالإعراض عنها وهو الغيبة الطويلة .

ثالثاً : الجلوس فى المسجد لحرفة : أما من جلس فى المسجد لحرفة أو معاملة فيندب منعه .

وقيل يجب إن كان فيها ازدراء بالمسجد أو كان فيها تضييق على أهله ولو باجتماع الناس عليه كالكاتب بالأجرة وإذا وجب المنع فيحرم عليه فعلها فيه .

ويندب أيضاً منع من يتخطى حلق الفقهاء والقراء توقيراً لهم .

رابعاً : الارتفاق بالصحارى : وكما يجوز الارتفاق بالشارع يجوز أيضاً الارتفاق بغيره كالصحارى لنزول المسافرين إن لم يضر النزول بالمارة ولا يشترط إذن الإمام فى ذلك لاتفاق الناس عليه على تلاحق الأعصار من غير نكير .

حكم دفع العوض فى مقابل الارتفاق بالمنافع العامة :

لا يجوز لأحد من الولاة أو غيرهم أخذ عوض على ذلك إذ لو جاز أخذ العوض لجاز بيع الموات ولا قائل به أما إقطاع الإمام بعض الشارع لمن يرتفق به حيث لا ضرر على المارة فى ذلك فهو جائز .

خامساً : الارتفاق بأفنية المنازل :

أما الارتفاق بأفنية المنازل فيجوز إن لم يضر ذلك بأصحابها فإن أضر بهم منعوا من الجلوس فيها إلا بإذنهم وأما الجلوس على عتبة الدار فلا يجوز إلا بإذن مالكها مطلقاً أى سواء أضر ذلك بهم أم لا .

الأعيان المشتركة :

وهى الأعيان التى تستفاد من الأرض ويحتاج إليها الناس فى أغراضهم المختلفة كالمعادن التى أودعها الله تعالى فى الأرض ظاهراً وباطناً ، والمعدن فى الأصل اسم للمكان لأنه مأخوذ من العدن بمعنى الإقامة ومنه جنات عدن أى جنات إقامة دائمة إلا أنه يطلق على ما يستخرج من الأرض فهو حقيقة فى البقعة التى وجد بها المعدن مجاز مرسل على ما يستخرج من المعادن من إطلاق اسم المحل على الحال . وقيل : هو حقيقة فيهما .

أنواع المعادن :

والمعدن المستخرج من الأرض نوعان : ظاهر وباطن .

الأول : المعدن الظاهر . وهو ما خرج بدون علاج لأن جوهره قد برز وظهر من غير عمل وإنما العمل والسعى فى تحصيله وقد يسهل وقد لا يسهل والمعادن المستخرجة من باطن الأرض كثيرة منها .

١ ـ نفط بكسر النون أفصح من فتحها وهو ما يرمى به ويسمى الآن بالبترول وقال الزركشى هو دهن يكون على وجه الماء فى العين وفى الصحاح إنه اسم لدهن معروف ،

٢ ـ كبريت وهو عين تجرى فإذا جمد ماؤها صار كبريتاً وهو أبيض وأصفر وأكدر وأحمر ومعدنه خلف وادى النمل الذى مر به سليمان عليه

السلام ويضيء في معدنه فإذا فارق معدنه زال ضوءه .

ويقال : إن الأحمر هو الجوهر ، ولهذا ضربوا به المثل في العزة والندرة فقالوا : أعز من الكبريت الأحمر .

٣ - وقار وهو الزفت ويقال فيه قير .

٤ - ومومياء بضم الميم الأولى بالمد وحكى القصر وهو شيء يلقيه البحر إلى الساحل ، فيجمد ويصير كالقار وقيل : إن المومياء عبارة عن أحجار سود باليمن خفيفة فيها تجويف ، وأما التي تؤخذ من عظام الموتى فهي نجسة أو متنجسة .

ويؤخذ من أن المومياء شيء يلقيه البحر أن العنبر ينبت في قاع البحر ثم يقذفه الماء بتموجه إلى البر.

٥ - وبرام بكسر أوله جمع برمة بضمها وهو حجر يعمل منه قدور الطبخ وأحجار رحى وأحجار نورة ومدر وجص وملح مائي وكذا جبلي إن لم يحوج إلى حفر وتعب ويلحق به قطعة ذهب أظهرها السيل من معدن .

حكم امتلاك المعدن الظاهر :

وهذه المعادن لا تملك بالإحياء ، ولا يثبت فيها اختصاص باحتجار ولا إقطاع من سلطان لأنها مشتركة بين الناس مسلمهم وكافرهم كالماء والكلأ لأنه ﷺ أقطع رجلاً ملح مأرب[١] فقال رجل يا رسول الله إنه كالماء العد : أي العذب قال : فلا إذن . رواه أصحاب السنن الأربعة وابن ماجه [٢] .

---

(١) مأرب بإسكان الهمزة وكسر الراء موضع باليمن .

(٢) الرجل الذي أقطعه الرسول ﷺ هو : أبيض بن حمال المازني والذي قال النبي ذلك هو الأقرع بن حابس وهذا الحديث صححه ابن حبان وضعفه ابن القطان (التلخيص ج٣ ص ٦٤ ، ٦٥).

والإجماع منعقد على منع إقطاع مشارع[١] الماء وهذا مثلها بجامع الحاجة العامة وأخذها بغير عمل .

ويؤخذ من هذا أنه لا يجوز إقطاع الأعيان أو المنافع العامة .

ولهذا فيمتنع على الإمام إقطاع أو احتجار أرض لأخذ حطبها وصيدها وبركة لأخذ سمكها سواء فى ذلك إقطاع التملك والارتفاق وقيد الزركشى المنع بالأول . ويمتنع على الإمام إقطع الأيكة[٢] وثمارها وهى الأشجار الثابتة فى الأرض التى لا مالك لها إن قصد الأيكة دون محلها ، فإن قصد إحياء الأرض المشتملة على ذلك فتدخل تبعاً ويعلم من ذلك أن من ملك أرضاً بالإحياء ملك ما فيهابشرط أن لا يكون قد علم ما فيها قبل الإحياء فإن كان يعلمه فلا يثبت له فيه حق .

الثانى : المعدن الباطن : وأما المعدن الباطن فهو ما لا يخرج إلا بعلاج كذهب وفضة وحديد ونحاس ورصاص وفيرزج وعقيق ويا قوت وسائر الجواهر المبثوثة فى طبقات الأرض .

حكم تملك المعدن الباطن :

وهذا المعدن لا يملك بالحفر والعمل فى الأظهر ، وإنما يملك بالاستيلاء عليه بعد استخراجه كما أن المعدن الظاهر لا يملكه من قام بإحياء الأرض إذا علمه لأن إحياء كل شىء بحسبه وهذا ما عليه الخلف والسلف والمتقدمون والمتأخرون .

والثانى : أنه يملك بذلك إذا قصد به التملك كما يملك الموات بالإحياء .

---

(١) مشارع الماء موارده التى تقصد للشرب ومن ذلك يقال شعت الإبل أى وردت شريعة الماء . سميت بذلك لظهورها ووضوحها .

(٢) الأيك شجر الواحدة أيكة (المصباح المنير ج١ ص٤٢) .

وفرق الأول : بأن الموات يملك بالعمارة وحفر المعدن تخريب ، ثم إن الموات إذا ملك يستغنى المحيى عن العمل والمعدن مبثوث فى طبقات الأرض يحتاج كل يوم إلى حفر وعمل .

وعلى القول بأنه يملك بالحفر دون الاستيلاء فلابد من قصد التملك وخروج المعدن ، أما قبل خروجه فهو كالمحتجر .

وعلى القول بعدم الملك فهو أحق به . أما محل المعدن فلا يملك بالحفر والعمل مطلقاً .

وهل يشترط إذن الإمام ؟ لايتشرط فى ملك الأرض أو المعدن إذن من الإمام .

أهم المسائل المتعلقة بالمعدن :

١ - إذا تزاحم على المعدن المستخرج اثنان وكان الحاصل منه لا يكفيهما معاً قدم السابق فيأخذ بقدر حاجته منه لسبقه ويرجع فى تقدير الحاجة إلى ما تقتضيه عادة أمثاله .

وقيل : إن أخذ لغرض دفع فقر أو مسكنة مكن من أخذ كفاية سنة أو العمر الغالب فإن طلب زيادة على حاجته فالأصح إزعاجه أى إبعاده إن زوحم عن الزيادة لأن عكوفه عليه كالمحتجر فإن لم يزاحم لم يتعرض له لكن مقتضى التعليل بأن عكوفه عليه كالمحتجر يقتضى أنه لا فرق فإنه مادام مقيماً عليه فلا يقدم عليه غيره من المحتاجين ما دام مقيماً وهذا يقتضى أنه إذا أخذ حاجته من المعدن الحاصل وجب إزعاجه وإبعاده سواء زوحم أو لا حتى يأخذ غيره منه حاجته وبناء عليه فلو أخذ شيئاً قبل إزعاجه فالأقرب أنه يملكه لأنه حين أخذه كان مباحاً .

فإن جاءا معاً أو جهل السابق أو تنازعا فى الابتداء أقرع بينهما فى الأصح لانتفاء المرجح نعم لو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً قدم المسلم بدون إقراع وإن اشتدت حاجة الذمى لأن ارتفاقه إنما هو بطريق التبع للمسلمين ومقابل الأصح يجتهد الإمام ويقدم من يراه أحوج وقيل : ينصب من يقسم بينهما الحاصل .

٢ ـ إذا أحيا مواتاً فظهر فيه معدن ظاهر أو باطن ملكه مع ملكه للبقعة لكونه من أجزاء الأرض المملوكة بالإحياء ومع ملكه للبقعة يملك ما فيها بشرط أن لا يعلم بالمعدن حال الإحياء فإن علمه وبنى عليه داراً مثلاً فلا يملك شيئاً لا المعدن ولا الأرض فى أرجح الطريقين لفساد القصد ، إذ المعدن لا يتخذ داراً ولا مزرعة ولا بستاناً .

المياة وحكم تملكها :

أصل الماء ماه بالهاء فأبدلت همزة لأنها أقوى على الحركة يدل على ذلك ظهورها فى الجمع والتصغير فتقول فى ماء مياه وأمواه ومويه .

والمياه تنقسم إلى قسمين : الأول : مباح . والثانى : مختص .

الأول الماء المباح وحكمه : أما المباح فمياه الأودية كالنيل والفرات والعيون الكائنة فى الجبال ونحوها من كل ما ينبع فى الموات وسيول الأمطار لأنه مشترك بين الناس لقوله ﷺ « الناس شركاء فى ثلاثة الماء والنار والكلأ»[1] فمن سبق إلى شىء منه كان أحق به لقوله ﷺ : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به» فإن أراد أن يسقى منه أرضاً فإن كان نهراً عظيماً كالنيل والفرات وما أشبههما من الأودية العظيمة جاز أن يسقى منه ما شاء ومتى شاء لأنه لا ضرر فيه على أحد . وإن كان نهراً صغيراً لا يمكن له سقى

(١) رواه الخطيب فى الرواة عند مالك عن نافع عن عمر وزاد فيه : والملح وفيه عبد الله بن خراش متروك وقد صححه ابن السكن (التلخيص ج٣ص٦٥) .

أرضه منه إلا إذا حبسه فيراعى ما يلى :

١ - إن كانت الأرض متساوية بدأ بالسقى من هو فى أول النهر فيحبس الماء حتى يسقى أرضه إلى أن يبلغ الماء إلى الكعب ثم يرسله إلى من يليه وهكذا إلى أن تسقى الأرض لأنه ﷺ قضى فى شرب نهر من مسيل أن للأعلى أن يشرب قبل الأسفل ويجعل الماء فيه إلى الكعب ثم يرسله إلى الأسفل الذى يليه حتى تنتهى الأرضون .

فعن عبد الله بن الزبير أن الزبير ورجلاً من الأنصار تنازعا فى شراج الحرة[1] وهى التى تسقى بها النخل فقال الأنصارى للزبير سرح الماء فأبى الزبير فاختصمه إلى رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ اسق أرضك ثم أرسل الماء إلى من بعدك فقال الأنصارى أن كان ابن عمتك يا رسول الله ، فتلون وجه رسول الله ﷺ فقال : « يا زبير اسق أرضك واحبس الماء إلى أن يبغ الجذر » .

وبهذا قال الجمهور ، لكن الأرجح انه يرجع فى قدر السقى للعادة والحاجة لاختلافهما زماناً ومكاناً فيرجع فى حق أهل كل محل بما هو المتعارف عندهم وذلك لأن الخبر جار على عادة أهل الحجاز فيكون المعتمد اعتبار عادة الزرع والأرض والوقت .

٢ - وإن كانت الأرض غير مستوية بأن كان بعضها أعلى من بعض ، ولا يقف الماء فى الأرض العالية إلى الكعب وحتى يقف فى الأرض المنخفضة إلى الوسط فيسقى المنخفضة حتى يبلغ الماء الكعب ثم يسدها ويسقى العالية حتى يبلغ الكعب .

---

(١) شراج الحرة هى الأماكن التى يسيل إليها الماء من الحرة إلى السهل، والحرة حجارة سود.

(٢) حديث أنه ﷺ قال للزبير حين خاصمه الأنصارى فى شراج الحرة التى يسقون بها النخل .. الحديث متفق عليه وأما حديث عائشة انه قضي أن الأعلي يرسل إلي الأسفل ، ويحبس قدر الكعبين فقد أعله الدارقطنى بالقوف (التلخيص ج٣ ص٦٦) .

ويتفرع على ذلك أنه إذا أحيا جماعة أرضاً على هذا النهر وسقوا منه ثم جاء بعدهم رجل فأحيا أرضاً فى أعلاه وانه إذا سقى أرضه استضر أهل النهر فإنه يمنع من هذا الإحياء لأن من ملك أرضاً ملكها بمرافقها وهذا النهر من مرافق أرضهم فلا يجوز مضايقتهم فيه .

والمراد بالأعلى الأقرب للماء لأن من يحيى أرضاً يحرص على قربها من الماء ما أمكن لما فيه من سهولة السقى وخفة المؤنة وقرب عروق الغراس من الماء ومن هنا يقدم الأقرب إلى النهر إن أحيوا دفعة أو جهل السابق وأما القول بالإقراع فهو ضعيف فالمعتمد تقديم الأقرب فى هذه الصورة .

وينبغى أن يعلم أن عمارة هذه الأنهار تكون من بيت المال ، أما بناء قنطرة يمرون عليها ، وبناء رحى فإن كانت من العمران جاز مطلقاً إن كان العمران واسعاً، وبإذن الإمام إن كان ضيقاً إن لم يضر بالملاك وإلا فلا يجوز.

وسائل تملك الماء المباح :

إذا كان المباح حقاً مشتركاً للجميع وليس مملوكاً لأحد إلا أنه يملك ما أخذه منه بيد أو ظرف كإناء أو حوض مسدود المنافذ أو حفرة فى أرض ومن ذلك أيضاً كيزان الدولاب كساقية فيملكه بمجرد دخوله فيه كالاحتطاب والاحتشاش ولو كان الآخذ له غير مميز بخلاف الإحياء فإنه يشترط فى المحيى أن يكون مميزاً والفرق بين هذا وما تقدم فى الإحياء من اشتراط التمييز فى المحيى وعدم اشتراطه هنا فهو أنه لما كان الانتفاع بالماء المباح يكون بإعدامه والقصد منه النفع به حتى للدواب التى لا قصد لها ولا شعور توسعوا فيه فلم يشترطوا فى تملكه تمييزاً ولا غيره ويؤيد ذلك أنهم جوزوا للذمى

أخذ الحطب ونحوه من دارنا وذلك لأن المسامحة تغلب فى ذلك وبناء على ما تقدم فإن ما يقع من إرسال الصبيان للإتيان بماء او حطب يكون مملوكاً للمرسل حيث كان له ولاية عليهم بجواز استخدامه لهم فى مثل ذلك ـ فإن لم يرسله أحد أو أرسله غير وليه المذكور فالملك فى هذه الحالة يكون للصبى فيحرم على الغير أخذه منه ولو كان والداً لهذا الصبى إلا إذا رأى المصلحة فى أخذه وصرفه أو بذله على الصبى .

فلو رده إلى محله ، فالأوجه عدم حرمة تضييعه عليه ، بخلاف رمى المال فإنه يضيع ، والفرق بينهما أن رمى المال يعد ضياعاً له بخلاف الماء فإنه يتمكن من أخذه منه وإن لم يكن عين . وأيضاً فإن السمك يخالف الماء فيحرم إلقاؤه بعد اصطياده وذلك لأن رد السمك إلى الماء يعد تضيعاً له لعدم تيسر أخذه كل وقت بخلاف الماء .

الثانى الماء غير المباح : وهو الذى ينبع فى أرض مملوكة أو موات بقصد التملك فصاحب الأرض أحق به من غيره لأنه يملكه وهذا هو المنصوص عليه وقيل : لا يملكه إلا انه لا يجوز لغيره أن يدخل إلى ملكه بغير إذنه فكان أحق به هذا إذا لم يفضل عن حاجته فإن فضل عن حاجته واحتاج إليه غيره لزمه بذله من غير عوض بأن احتاجت إليه الماشية التى ترعى الكلأ لنهى النبى ﷺ عن بيع فضل الماء ولما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته يوم القيامة » فإن الماشية إنما ترعى بقرب الماء فإذا منع الماء فقد ضيع من الكلأ وهذا ما نهى عنه النبى ﷺ . والمراد من الماشية الحيوانات المحترمة .

---

(١) رواه الشافعى عن مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة وهو متفق عليه بلفظ « لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ » (التلخيص ج٣ ص٦٦) .

وإنما حرم عليه أن يمنع فضل الماء دون فضل الكلأ لأن الكلأ لا يستخلف عقيب أخذه وربما احتاج إليه لماشيته قبل أن يستخلف فتهلك ما شته والماء يستخلف عقيب أخذه وقد يقال إن ما ينقص من الدلو والحبل لا يستخلف فيتضرر والضرر لا يزال بالضرر . وإنما وجب بذله للماشية دون الزرع لحرمة الروح .

ولا يلزمه بذل فضل الماء للزرع لأن الزرع لا حرمة له فى نفسه والماشية لها حرمة فى نفسها ، ولهذا لو احتاج الزرع لم يلزمه سقيه ولو احتاجت الماشية لزمه سقيها .

وإن لم يفضل الماء عن حاجته لم يلزمه بذله لأن النبى ﷺ : علق الوعيد على منع الفضل ولأن ما لا يفضل عن حاجته يتضرر ببذله والضرور لا يزال بالضرر .

حكم ماء البئر المحفورة بموات :

لا يخلو الأمر من أن يكون الحافر لهذه البئر قد حفرها لارتفاق نفسه ومصلحته الخاصة دون قصد ملكيتها وإما أن يكون قد حفرها لارتفاق المارة أو لا بقصد نفسه ولا المارة .

فإن حفرها لارتفاق نفسه فهو أولى بمائها من غيره فيما يحتاجه منه لشربه أو شرب دوابه أو لسقى زرعه لسبقه إليه ويظل له هذا الحق إلى أن يرتحل عنها لحديث « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » فإن ارتحل عنها بطلت أحقيته .

هذا إذا ارتحل معرضاً أما لو كان لحاجة ، وارتحل عازماً العودة فلا يسقط إلا أن تطول غيبته فليس المناط هو الارتحال بل الإعراض حتى لو أعرض ولم يرتحل كان الحكم كذلك .

أما لو حفرها بقصد ارتفاق المارة أو حفرها لا بقصد نفسه ولا المارة فإنه يكون كأحدهم وتصير مشتركة بين الناس ويمتنع عليه سدها وإن حفرها لنفسه لتعلق حق الناس بها فلا يملك إبطاله .

كيفية تقسيم مياه القناة المشتركة :

أما تقسيم المياة المشتركة فإن كانت بين جماعة فينبغى أن يقسم ماؤها إذا اضاق عنهم فلا يقدم فيه أعلى على أسفل ولا عكسه ويكون تقسيم المياة عند ضيقه بينهم مهاياة بأن يسقى كل منهم يوماً أو بعضهم يوماً وبعضهم أكثر بحسب حصته ولكل منهم الرجوع عن المهاياة متى شاء فإن رجع وقد أخذ نوبته قبل أن يأخذ الآخر نوبته فعليه أجرة نوبته من الشهر للمدة التى أخذ نوبته فيها . وإذا تراضوا بأن تكون السقيا مهاياة فلا أثر لزيادة الماء أو نقصه مع التراضى .

الفصل السابع

الوقف وما يتعلق به من أحكام

تعريف الوقف لغة وشرعاً :

الوقف لغة : الحبس ويرادفه التحبيس والتسبيل ، فيقال وقفت كذا : حبسته ولا يقال أوقفته إلا فى لغة رديئة . وهو عكس حبس فإن الفصيح أحبس ، وأما حبس فلغة رديئة . وجمعه وقوف وأوقاف .

وشرعاً : حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف فى رقبته على مصرف مباح موجود .

ومن هذا التعريف يظهر أن المال الذى يصح وقفه يشترط فيه أن يكون عيناً معينة مملوكة وليس المراد بالمال عين الدراهم والدنانير لأنها تنعدم بصرفها فلا يبقى لها عين ولا وجود وشرط المال الموقوف بقاء عينه مع الانتفاع به فإذا كان الانتفاع به يؤدى إلى ذهاب عينه كالطعام فلا يصح وقفه لأن الوقف للدوام والاستمرار أبداً ، وهذه العين التى يصح وقفها ، إذا وقفها فقد انقطع التصرف فى رقبتها فلا تباع ولا ترهن .

وقوله « على مصرف مباح موجود » يخرج به منقطع الأول وذلك كقوله وقفت أموالى على من سيولد لى ثم الفقراء فلا يصح هذا الوقف لأن الدرجة الأولى باطلة وما بعدها فرعها فأشبه ذلك تسييب السوائب التى هى أوقاف الجاهلية .

أدلة مشروعية الوقف وحكمه :

الوقف مشروع بالكتاب والسنة .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ لن تنالوا البر حتي تنفقوا مما تحبون ﴾[١] فإن أبا طلحة لما سمعها رغب فى وقف ببرحاء أحب أمواله إليه وبرحاء بفتح الباء وكسرها اسم لماء أو موضع بالمدينة وقال الزمخشرى فى الفائق إن برحاء على وزن فعلاء من البراح وهى الأرض الظاهرة وقال الشوبرى هى حديقة مشهورة وتبعه الأجهورى .

وقوله تعالى : ﴿ وما تنفقوا من خير يوف إليكم ﴾[٢] .

وأما السنة فقوله ﷺ فى خبر مسلم : إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له »[٣] .

والصدقة الجارية محمولة عند العلماء على الوقف فإن غيره من الصدقات ليست جارية بل يملك المتصدق عليه أعيانها ومنافعها ناجزاً وأما الوصية بالمنفعة وإن شملها الحديث فهى نادرة ، فحمل الصدقة فى الحديث على الوقف أولى .

وقد ذكر الشيخ البجيرمى فى حاشته أنه لا مانع من حمل الصدقة الجارية على بقية العشرة التى ذكروا أنها لا تنقطع بموت ابن آدم وقد نظمها الجلال السيوطى بقوله :

إذا مات ابن آدم ليس يجرى	عليه من خصـــال غير عشر
علوم بثها ودعاء نجـــــل	وغرس النخل والصدقات تجرى
وراثة مصحف ورباط ثغـر	وحفر البئر أو إجراء نهـــــر
وبيت للغريب بناء يـــأوى	إليه أو بناء محل ذكــــــر

(١) من الآية (٩٢) من سورة آل عمران.

(٢) من الآية ٢٧٢ من سورة البقرة .

(٣) رواه ابن ماجه وابن حبان من طريق أبى قتادة ك « خير ما يخلف الرجل من بعده ثلاث : ولد صالح يدعو له ، وصدقة تجرى يبلغه أجارها ، وعلم يعمل به من بعده » (التلخيص الحبير ج٣ ص٦٨) .

وتعليم لقرآن كـــريـــــم فخذها من أحاديث بحصـــــــــر

وأما حكمه فهو من الأمور المندوب إليها ، والمندوب هو ما يدعى إليه شرعاً للتقرب إلى الله تعالى من فعل الخير من غير وجوب .

وقد ثبت أن رسول الله قد حث أصحابه على الوقف وندبهم إليه ورغبهم فى الخير والبر المعروف ومن ذلك ما ورد فى الصحيحين أن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخيبر فأتى النبى ﷺ وطلب منه أن يتقرب بها إلى الله تعالى فقال له النبى : « إن شئت حبست أصلها وتصدقت» وفى رواية أنه قال له : « حبس الأصل وسبل الثمرة » [1] .

والحبس ضد الإطلاق والتخلية أى جعل الأصل محبوساً فلا يباع ولا يوهب وسبل الثمرة معناه أن يجعل لها سبيلاً أى طريقاً لمصرفها . وذلك لأن السبيل هو الطريق .

وقد استجاب عمر رضى الله عنه إلى ما ندبه إليه رسول الله ﷺ فتصدق بها عمر على ألا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث قال جابر رضى الله عنه وما بقى أحد من أصحاب رسول الله ﷺ له مقدرة إلا وقف .

أركان الوقف

للوقف أركان أربعة وهـــى : واقـــف ، وموقوف ، وموقوف عليه ، وصيغة.

الركن الأول : الواقف : ويشترط فيه أن يكون أهلاً للتبرع بأن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً فمن كان مستوفياً لهذه الشوط صح وقفه ولو كان كافراً وإنما صح وقف الكافر لأن الوقف ليس قربة محضة أى خالصة بخلاف

---

(١) رواه الشافعى فى القديم عن رجل عن ابن عوف عن نافع وهو متفق عليه من حديثه وله طريق غيره (التلخيص الحبير ج٣ ص٦٧) .

النذر فلا يصح من الكافر لأنه مما يتقرب به إلى الله تعالى .

فلا يصح وقف الصبى أو المجنون أو المحجور عليه بسفه أو فلس ولو بمباشرة الولى . ولا يصح من مكره لأنه فى حالة الإكراه ليس صحيح العبارة ولا أهلاً للتبرع بسبب الإكراه .

والمراد بهذا الشرط أن يكون الواقف أهلاً للتبرع حال الحياة .

ولهذا فإن السفيه لا يصح وقفه وتصح وصيته لأنه أهل للتبرع بعد الموت فلو قال وقفت دارى على الفقراء بعد موتى صح الوقف لأنه وقف فى صورة وصية ، والوصية تصح منه لأنها لا تنفذ إلا بعد الموت .

الركن الثانى : الموقوف : ويشترط فيه أن يكون عيناً معينة مملوكة ملكاً يقبل النقل وتفيد دون فواتها نفعاً مباحاً مقصوداً .

فخرج بالعين المنفعة والوقف الملتزم فى الذمة إذ لا يصح إلا وقف الأعيان ولو مغصوبة أو غير مرئية لأن العين المغصوبة مملوكة له كما يصح وقف الأعمى لأنه لا يشترط فى صحة الوقف رؤية العين الموقوفة .

وخرج بالمملوكة مالا يملك كالأموال المباحة ومنها القناطر والمدارس وشواطئ الأنهار والبحار.

ومع هذا فيصح للإمام وقف شيء من أرض بيت المال على جهة من الجهات أو شخص معين من الأشخاص . بشروط ظهور المصلحة فى ذلك إذ تصرفه منوط بها كولى اليتيم فلو رأى الإمام تمليك ذلك لهم جاز .

وخرج بقبول النقل ما لا يجوز ولا يصح نقله من المنافع وذلك كمنفعة لا تجوز شرعاً كآلت اللهو لأن آلة اللهو منفعتها محرمة ومن ثم فلا تملك .

وخرج بقوله وتفيد دون فواتها نفعاً مباحاً مقصوداً ما يصح الانتفاع به مع ذهاب عينه كالطعام فإن منفعة الطعام فى استهلاكه ويشترط النفع فى

العين الموقوفة ولو كان فى المال كمن وقف داراً صالحة للسكن وكمن أجر أرضاً ثم وقفها وهذه حيلة لمن يريده إبقاءه منفعة الشيء الموقوف لنفسه مدة بعد وقفه .

وضابط المنفعة المقصودة أن كل ما يصح استئجاره على شرط ثبوت حق الملك فى الرقبة يصح وقفه .

بعض المسائل المتفرعة على هذا الركن :

١ ـ لا يصح وقف كل ذى ريح طيب كالورود والرياحين وذلك إذا كان غير منزرع فإن كان مزروعاً صح وقفه للشم لبقائه مدة سواء ما تؤخذ ثمرته أو جزه مرة واحدة أو مرة بعد مرة ، وكذلك يصح وقف المشموم الدائم المنافع كالعنبر والمسك ، فإن كان الانتفاع به يؤدى إلى استهلاكه كالبخور فلا يصح وقفه وإلحاق العود بالعنبر محمول على عود ينتفع به .

٢ ـ ولا يصح وقف المنافع كالعين المستأجرة . لأن المنفعة ليست بعين ، لأن الوقف يستدعى أصلاً تستحق منفعته على الدوام ، وكذلك لا يصح وقف العين الموصى له بمنفعتها لما ذكرناه .

٣ ـ ولا يصح وقف المشاع إن جهل قدر حصته أو صفته لأن عمر وقف مائة سهم من خيبر مشاعاً ولو كان المشاع الموقوف مسجداً وجب قسمته من غيره وهذه الصورة مستثناه من منع قسمة الوقف المطلق للضرورة ولا فرق بين أن يكون الموقوف مسجداً هو الأقل أو الأكثر .

٤ ـ ويصح وقف العقار بالإجماع وهو ما يقابل المنقول فيشمل الأرض والبناء كما يصح وقف المنقول للخبر الصحيح فيه فقد قال رسول الله ﷺ : «أما خالد فأنتم تظلمون خالداً » ، فإنه احتبس أدراعه واعتده »[1] والعتاد ،

---

(١) حديث : « وأما خالد فإنه قد احتبس أدرعه واعتده فى سبيل الله » متفق عليه من حديث أبى هريرة (التلخيص ج٣ ص٦٨) .

عدة المحارب من سلاح وغيره واتفقت الأمة فى جميع الأعصار على وقف الحصر والقناديل والزلالى للمساجد من غير نكير ، والزلالى نوع من السجاد.

أما لو كان له بناء أو غرس فى أرض مستأجرة أو مستعارة أو موصى له بمنفعتها فوقف البناء أو الغراس الذى له على ملك الأرض ، فالأصح جوازه سواء أكان الوقف قبل انقضاء المدة أم بعدها أو بعد رجوع المعير لأن كلاً منهما مملوك يمكن الانتفاع به فى الجملة مع بقاء عينه ، ويكفى دوام الوقف إلى القلع مدة الإجارة . أو رجوع المعير ومقابل الأصح المنع لأنه معرض للقطع فكأنه وقف ما لا ينتفع به .

ويجاب عن ذلك بأنه يكفى دوامه إلى القلع بعد مدة الإجارة فلو قلع ذلك وبقى منتفعاً به فهو وقف كما كان وإن لم يبق فهو ملك الموقوف عليه فى وجه .

والوجه الآخر يرجع للواقف والأصح الأول وقال الأسنوى الصحيح غيرهما وهو شراء عقار أو جزء من عقار ، وقال الأذرعى الأقرب أن يقال بأن يباع ويشترى بثمنه من جنسه ما يوقف مكانه إن أمكن ذلك فإن لم يمكن رجع البناء أو الغراس إلى الموقوف عليه أو الواقف .

٥ - يصح وقف المنقولات فى الأرض المغصوبة خلافاً للسبكى وابن الرفعة كالخزائن الموضوعة فى المساجد ولو بغير حق لإمكان الانتفاع بها خارج الأرض المذكورة وبذلك فارقت البناء حيث أنه لا يصح وقفه فى الأرض المغصوبة وأيضاً لا يصح وقف ما فى سواحل الأنهار لأنها غير مملوكة والوقف يشترط فيه أن يكون مملوكاً .

الركن الثالث : الموقوف عليه :

وينقسم إلى قسمين : معين وغير معين :

القسم الأول : أن يكون الموقوف عليه معيناً : بأن كان واحداً أو اثنين أو جمعاً معيناً ويشترط فيه إمكان تملكه فى حال الوقف عليه بأن يوجد فى الخارج متأهلاً للملك لأن الوقف تمليك المنفعة . فلا يصح الوقف على معدوم كما لو وقف على مسجد سيبنى أو على ولده ولا ولد له أو على فقراء أولاده وليس فيهم فقير . فإن كان فى أولاده فقير وغنى صح الوقف ويعطى منه أيضاً من افتقر منهم بعد ذلك . أو وقف على القراءة . على رأس قبره أو قبر أبيه الحى فلا يصح الوقف لانتفاء شرط وجود الموقوف عليه فى الخارج حين الوقف وهو أهل للتملك .

أهم الصور المتعلقة بهذا الشرط :

١ ـ **الوقف على الجنين** : لا يصح الوقف على الجنين لأن الوقف تمليك فى الحال والجنين لا يصح تملكه سواء أكان مقصوداً أم تابعاً حتى لو كان له أولاد وله جنين عند الوقف لم يدخل فى الحال إذ لا يسمى ولداً وإنما يدخل معهم إذا انفصل ما لم يكن الواقف قد سمى الموجودين أو ذكر عددهم فلا يدخل كما قاله الأذرعى .

وإذا كان الوقف على الجنين لا يصح لعدم صحة تملكه فلا يصح على الميت من باب أولى لأنه لا يملك .

٢ ـ **الوقف على البهيمة** : أما الوقف على البهيمة فهو غير صحيح ،

فلو أطلق الوقف على بهيمة لغا الوقف لاستحالة ملكها . وقد يقال إن الوقف على البهيمة يكون وقفاً على مالكها ، وهذا القول غير صحيح لأن البهيمة مملوكة فكيف تكون أهلاً للتملك ؟

وخرج بالبهيمة المملوكة غيرها : كالتى ترابط فى سبيل الله فى الثغور ونحوها ، فيصح الوقف على علفها .

٣ ـ **الوقف على الطيور والوحوش المباحة** : أما المباح من الطيور والوحوش فلا يصح الوقف عليه جزماً ، ويستثنى من ذلك حمام مكة فيصح الوقف عليه .

٤ ـ **وقف الشخص على نفسه** : لا يصح وقف الشخص على نفسه لتعذر تمليك الإنسان ملكه لنفسه لأنه حاصل وتحصيل الحاصل محال ، وفى قول يصح ذلك ، لأن استحقاق الشىء وقفاً غير استحقاقه ملكاً ، وعلى القول بعدم الصحة فإنه لوقف على الفقراء وشرط أن يأخذ معهم ريع الوقف فلا يصح لفساد الشرط وقول عثمان رضى الله عنه فى وقفه بئر رومة : دلوى فيها كدلاء المسلمين ليس على سبيل الشرط . بل إخبار بأن للواقف أن ينتفع بوقفه العام كالصلاة بمسجد وقفه ، فإن وقف على نفسه وحكم به حكم حاكم نفذ حكمه ولم ينقض لأنها مسألة اجتهادية .

يستثنى من صحة الوقف على النفس صور نذكر منها ما يلى :

١ ـ أما لو وقف على العلماء وكان متصفاً بصفتهم بأن كان واحداً منهم أو إذا وقف على الفقراء ثم افتقر . أو إذا وقف على المسلمين كتباً للقرأءة ونحوها أو قِدْراً للطبخ فيه أو كيزاناً للشرب بها ، ونحو ذلك . فيجوز له الانتفاع بالوقف فى هذه الأمور كلها لأنه لـم يقصـد نفسه بالـوقف

وإنما جماعة موصوفة بصفة معينة فيدخل مع هذه الجماعة إن كان واحداً منها .

٢ ـ ومنها ما لو شرط النظر لنفسه بأجرة المثل لأن استحقاقه لها من جهة الوقف فإن شرط النظر بأكثر من أجرة المثل لم يصح الوقف لأنه وقف على نفسه من الوقف بمقدار ما زاد عن أجرة المثل .

٣ ـ ومنها أن يؤجر ملكه مدة يظن أن لا يعيش فوقها منجمة ثم يقفه بعدها فإنه يصح الوقف ويتصرف هو فى الأجرة ، وله أن يستأجره بعد الوقف من المستأجر لينفرد باليد ويأمن خطر الدين على المستأجر وهذا هو الأحوط .

٤ ـ ومنها أن يرفع الوقف الذى وقفه على نفسه إلى حاكم يرى صحته فإنه يصح ولا ينقض حكمه .

٥ ـ ومنها أن يقف وقفاً ليحج عنه منه فإنه يصح وليس هذا من وقف الشخص على نفسه لأنه لا يملك شيئاً من غلته ، فإن ارتد لم يجز صرفه فى الحج وإنما يصرف إلى الفقراء ، فإن عاد إلى الإسلام أعيد الوقف إلى الحج عنه ، أما لو وقف على الجهاد وارتد الواقف . فالوقف صحيح لأن الجهاد يصح من المرتد بخلاف الحج .

القسم الثانى : أن يكون الموقوف عليه غير معين : بأن كان جهة من جهات البر ، كالوقف على طلبة العلم أو الفقراء أو عمارة المساجد والمستشفيات ، فإن وقف مسلم أو ذمى على جهة معصية كعمارة الكنائس ونحوها من متعبدات الكفار أو فرشها وقناديلها أو خدامها أو كتب التوراة والإنجيل أو السلاح لقطاع الطريق فالوقف فى هذه الصور كلها باطل لأنه

إعانة على معصية والوقف مشرع للتقرب فهما متضادان سواء فى ذلك إنشاء الكنائس أو ترميمها لاتفاقهم على أن الوقف على الكنائس باطل وإن كانت قديمة قبل البعثة .

ومع القول بالبطلان فلو وقف الذمى علي الكنائس فليس لنا أن نتعرض لهم أو نبطل شيئاً وقفوه علي هذه الجهة لأننا لا نمنعهم من إظهار شعائرهم الدينية فإن ترافعوا إلينا أبطلناه وإن أنفذه حاكمهم وهذا بالنسبة للوقف علي الكنائس المستجدة .

أما ما وقفوه على كنائسهم القديمة قبل البعثة فلا نبطله وإن ترافعوا إلينا بل نقره حيث إننا نقرها وهذا بالنسبة لكنائس العبادة وعمارتها .

أما عمارة الكنائس التى تعد لنزول المارة فيصح الوقف عليها وكذلك الموقوفة علي قوم يسكنونها ولو من أهل الذمة لأنه يصح وقف المسلم علي الذمى كما يجوز التصدق عليه سواء كان معيناً واحداً أو متعدداً إلا إذا ظهر فى تعيينه قصد معصية كالواقف علي خادم كنيسة للتعبد ففى هذه الحالة يلغو الوقف كما لوقف علي ترميمها أو وقودها أو فرشها .

الركن الرابع : الصيغة :

ويشترط فيها أن تكون بلفظ يشعر بالمراد من قادر علي النطق به وذلك لأن الملك فى الوقف يتوقف انتقاله للموقوف عليه علي القبول .

فإن بنى مسجداً فى ملكه وصلي فيه أو أذن للناس بالصلاة فيه لم يصر وقفاً بهذا الفعل بل لابد من لفظ الوقف أو ما اشتق منه بأن يقول : وقفت هذا البناء ليكون مسجداً للصلاة وأداء الشعائر الدينية لله تعالي لأن الوقف إزالة ملك على وجه القربة فلم يصح من غير لفظ مع القدرة عليه .

وفى معنى اللفظ إشارة الأخرس المفهمة وكتابته بل وكتابة القادر علي النطق مع نيته ، أما إذا قال بعد أن انتهى من بنائه أذنت فى الاعتكاف فيه ، فإنه يصير بذلك مسجداً لأن الاعتكاف لا يكون إلا فى مسجد بخلاف الصلاة . أما إذا كان هذا البناء فى موات ونوى أن يكون مسجداً فإنه يصير مسجداً دون حاجة إلي لفظ الوقف لأن الفعل مع النية مغنيان هنا عن القول ومن أخذ من الناس أموالا ليبنى بها نحو مدرسة أو رباط أو بئر فحكمه حكم من بنى فى موات .

والفرق بينهما أن الموات لم يدخل فى ملك من أحياه مسجداً فلم يحتج إلى اللفظ وإنما احتيج إلي اللفظ لإخراج ما كان ملكه ودخل فى ملكه .

وينقسم لفظ الوقف إلي صريح وكناية :

فاللفظ الصريح ، ما كان بلفظ الوقف وما اشتق منه فالأول كأن يقول وقفت هذا العقار علي الفقراء أو لينفق منه على المجاهدين أو على فرش المساجد والثانى أن يقول : أرضى موقوفة على العلماء أو على طلبة العلم . فإن لم يذكر الموقوف عليه فى صيغة الوقف لم يصح الوقف .

وإنما كان لفظ الوقف وما اشتق منه من الألفاظ الصريحة لاشتهاره فى الوقف لغة وعرفاً ولا فرق بين الفعل وما اشتق منه فى ذلك .

وأما التحبيس والتسهيل فالأصح أنهما صريحان وكذلك ما اشتق منهما لتكررهما شرعاً واشتهارهما عرفاً فى الوقف فثبت لهما عرف الشرع . فإن النبى ﷺ قال لعمر رضى الله عنه ، حبس الأصل وسبل الثمرة .

ومقابل الأصح أنهما من ألفاظ الكناية لأنهما لم يشتهرا اشتهار الوقف .

والثالث : أن التسبيل فقط كناية لأنه من السبيل وهو مبهم .

وأما الوقف بلفظ الكناية فهو أن يكون الوقف بلفظ يحتمل الوقف وغيره كلفظ الصدقة لأنه مشترك بين الوقف والصدقة . فإذا كان الوقف بلفظ الكناية فلا يصح به إلا إذا اقترنت به نية الواقف ويقترن مع لفظ الصدقة لفظ من الألفاظ الخمسة وهى وقفت وحبست وأسبلت وحرمت وأبدت فيقول : تصدقت به صدقة موقوفة أو محبوسة أو مسبلة أو مؤبدة أو محرمة على كذا . أو يقترن بها حكم الوقف ، بأن يقول تصدقت بها صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث .

وعلى ذلك فإن الوقف بلفظ الكناية يلزم لصحة الواقف به إما نية الواقف أو لفظ من الألفاظ الخمسة المشار إليها أو حكم الوقف . واللفظ الصريح لايحتاج إلى شيء من ذلك . ولكن هل يشترط القبول فى الوقف ؟ الأصح أنه يشترط قبول الموقوف عليه إن كان أهلاً للقبول بأن كان الواقف علي معين واحداً أو أكثر فى الأصح ، فإن لم يكن أهلاً لذلك بأن كان صبياً أو مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً فيشترط قبول وليه ، ويكون القبول علي الفور عقب الإيجاب إن كان الموقوف عليه حاضراً فإن كان غائباً فلا يلزم أن يكون عقب الإيجاب بل يصح من الغائب متي علم ولو متراخياً وإن طال الزمن . وإنما اشترط القبول لأن دخول عين أو منفعة فى ملكه قهراً عنه لا يكون إلا فى الإرث فكان الوقف أشبه بالبيع .

ومن لا ولى له خاص فوليه القاضى فيقبل له عند بلوغ الغير أو يقيم علي الصبى من يقبل له ، ولو وقف علي جمع فقبل بعضهم دون البعض بطل فيما يخص من لم يقبل عملاً بتفريق الصفقة وهذا هو المعتمد الذى صححه الإمام وأتباعه .

ومقابل الأصح : لا يشترط القبول فى الوقف لأنه أشبه بالقربات منه

العقود وهذا ظاهر نصوص الشافعى فى غير موضع واختاره جمع منهم الماوردى والمصنف فى الروضة والأول هو المعتمد .

والذى يتحصل من كلام الشافعى والأصحاب أنه لا يشترط قبول البطن الثانى والثالث وإن شرطنا قبول البطن الأول بل الشرط عدم الرفض وإن كان الأصح انهم يتلقون الوقف من الواقف، فإن ردوا فمنقطع الوسط ، فإن رد الأول بطل الوقف ولو رجع من رد لم يعد له الوقف ومن قال بأنه يعود له إن رجع قبل حكم الحاكم به لغيره فمردود وعلم منه أنه لورد بعد قبوله لم يؤثر.

أما الوقف علي جهة عامة وهى ما عدا المعين وإن انحصرت كالوقف علي الفقراء أو علي المسجد والرباط فلا يشترط فيه القبول جزماً ولم ينب الإمام عن المسلمين فيه بخلافه فى نحو القود لأن هذا لابد له من مباشر .

ومن الوقف علي جهة عامة الوقف علي سبيل البر أو الخيرات أو الثواب ويصرف لأقرباء الواقف ثم لأهل الزكاة ثم للعاملين والمؤلفة قلوبهم وفى سبيل الله ويصرفه للغزاة الذين هم أهل الزكاة فإن فإن جمع هذا مع واحد مما قبله صرف ثلثه لأقاربه وثلثه للغزاة وثلثه لباقى أهل الزكاة غير العاملين والمؤلفة .

ومنها الوقف علي أكفان الموتي أو تجهيزهم أو المغسلين لهم أو الحفارين لقبورهم قال ابن الرفعة ولا يصرف إلا لمن يجب ذلك فى ماله أو مال من يجب عليه نفقته .

ومنها الوقف على الأوانى لمن تنكسر منه وعلى الفقهاء وهم من حصل من علم الفقه ما يهتدى به إلى باقيه وإن قل وعلى المتفقهين وهم المشتغلون بالفقه ولو المبتدئين .

شروط الوقف :

يشترط فى الوقف أربعة شروط وهى : التأبيد والتنجيز وبيان المصرف والإلزام .

الشرط الأول : التأبيد ويتحقق ذلك بأحد وجهين : أحدهما أن يقف علي من لا ينقرض كالفقراء والمجاهدين وطلاب العلم .

الوجه الثانى : أن يقف علي من ينقرض ثم من بعده على من لا ينقرض . كالوقف على رجل بعينه ثم على الفقراء أو يقف على هذا الرجل بعينه ثم على عقبه ثم على الفقراء فمثل هذا الوقف يسمي منقطع الابتداد متصل الانتهاد ، أما إذا وقف وقفاً منقطع الابتداء والانتهاء كالوقف علي ولده وليس له ولد فالوقف باطل لأن الولد الذى لم يخلق لا يملك فلا يفيد الوقف عليه شيئاً . وكذلك يكون الوقف باطلاً إذا كان متصل الابتداء منقطع الانتهاء كالوقف على رجل بعينه ولم يزد عليه أو علي رجل بعينه ثم على عقبه ولم يزد عليه وإنما كان الوقف باطلاً لأنه قد يموت الرجل وينقطع عقبه . وقيل إنه يصح ويصرفه بعد انقراض الموقوف عليه إلي أقرب الناس إلي الواقف لأن مقتضى الوقف الثواب على التأبيد فحمله فيما سماه على ما شرطه وفيما سكت عنه على مقتضاه ويصير كأنه وقف مؤبد ويقدم المسمي علي غيره فإذا انقرض المسمي صرف إلي أقرب الناس إلى الواقف لأنه من أعظم جهات الثواب وهذا هو الراجح .

لقوله ﷺ : « لا صدقة وذو رحم محتاج » وروى سليمان بن عامر «صدقتك على المساكين صدقة وعلى ذى الرحم اثنتان ، صدقة وصلة »[1] : والأرجح أنه يختص به الفقرآء من الأقرباء لأنه مصرف الصدقات وهى لا تكون إلا لفقير محتاج وقيل : يشترك فيه الفقرآء والأغنياء لأن الغنى

---

(١) الحديث مروى عن سلمان بن عامر الضبى يرفعه قال : الصدقة على المسكين صدقة وعلى ذى الرحم اثنتان صدقة وصلة » (سنن الدارمى ج١ ص٣٩٧) .

والفقير فى الوقف سواء .

أهم الفروع المتعلقة بشرط التأبيد :

الفرع الأول : لو قال وقفت هذا علي زيد سنة فباطل لأن شأن الوقف التأبيد . ومحل البطلان إذا لم يعقب التوقيت بمصرف أخر غير مؤقت كما لو وقفه علي زيد سنة ثم علي الفقراء . فلا شك أن الوقف صحيح وإذا قال : جعلت هذا سنة صح الوقف ولغا ذكر السنة ، ويكون مؤبداً .

الفرع الثانى : إذا وقف علي زيد ونسله ، فمات زيد وانقطع نسله فهل يبقى الوقف أو يرتفع ؟ الأظهر أن يبقى صحيحاً لأن وضع الوقف علي الدوام.

ومقابل الأظهر يرتفع الوقف ويعود ملكاً للواقف أو وارثه إن مات . وإذا قلنا بصحة الوقف بعد انقراض من ذكرهم الواقف فالأظهر أن يصرف لأقرب الناس إلي الواقف يوم انقراض الموقوف عليه المذكورين لأن الصدقة على الأقارب من أفضل القربات لقوله ﷺ : « صدقتك على الغير صدقة وعلى رحمك صدقة وصلة»[1] فكان صرف الوقف على الأقرب لما فيه من صلة الرحم ويختص بفقراء قرابة الرحم لا الإرض فيقدم ابن البنت على ابن العم.

فإن قيل : الزكاة وسائر المصارف الواجبه عليه شرعاً لا يتعين صرفها ولا الصرف منها إلي الأقارب فهلا كان الوقف كذلك ؟

أجيب بأن الأقارب مما حث الشارع عليهم فى تحبيس الوقف لقوله ﷺ لأبى طلحة : « أري أن تجعلها فى الأقربين » فجعلها فى أقار به وبنى عمه .

وأيضاً فإن الزكاة ونحوها من المصارف الواجبة لها مصرف متعين

---

(١) روي هذا الحديث عن سلمان بن عامر الضبى بلفظ ان لنبى ﷺ قال : « إن الصدقة علي المسكين صدقة وعلي ذى الرحم اثنتان صدقة وصلة » سنن الدارمى ج١ ص٣٩٧ .

فلم تتعين الأقارب وهنا ليس معنا مصرف متعين والصرف إلي الأقارب أفضل فعيناه .

وقيل : يصرف إلي الفقراء والمساكين لأن الوقف يؤول إليهم فى الانتهاء .

وعلي القول الأول الذى يري صرف الوقف إلي أقارب الواقف فإنهم إذا انقرضوا بحيث لم يكن له أقارب صرف الإمام ريعه إلي المصالح العامة للمسلمين . وقيل يصرف للفقراء والمساكين ، ولا يختص بفقراء بلد الواقف أو الوقف بخلاف الزكاة .

الفرع الثالث : لو كان الوقف منقطع الابتداء متصل الانتهاء كأن قال : وقفت علي من سيولد لى ثم الفقراء أو مسجد سيبنى ثم على طلبة العلم فالمذهب بطلان هذا الوقف لأن الأول باطل لعدم إمكان الصرف إليه فى الحال فكذا ما ترتب عليه .

والطريق الثانى : صحة الوقف ويصرف فى الحال إلى أقرب الناس إلي الواقف علي ما تقدم بيانه وقيل . يصرف إلي ما بعد الأول .

فمثلاً إذا قال وقفت هذا العقار على ولدى ثم على الفقراء ولا ولد له فيصرف علي القول بالصحة فى الحال إلى الفقراء وذكر الأول لغو .

أما إذا كان الوقف منقطع الوسط كما لو قال: وقفت هذا علي أولادى ثم رجل ثم الفقراء فالمذهب صحته لوجود المصرف فى الحال والمآل وبه يعلم انه لا يضر، تردد الواقف فى صفة أو شرط أو مصرف دلت قرينة قبله أو بعده علي تعيينه إذ لا يتحقق الانقطاع إلا مع الإبهام من كل وجه يكون مصرفه عند الانقطاع كمصرف منقطع الآخر ، لكن محله أن عرف أمد انقطاعه بأن

يقول وقفت علي أولادى ثم على بهيمة زيد ثم على الفقراء ، فإن لم يعرف كرجل لا يعرفه الواقف صرف بعد موت الأول لمن بعد المتوسط وهم الفقراء.

والمراد بالتردد الذى لا يضر هو التردد فى عبارة الوقف بأن كانت عبارته مترددة بين امرين وهناك من القرائن ما يدل علي إرادته لأحدهما وليس المراد تردده فى الوقف نفسه لأنه مانع من صحته .

والشرط الثانى : أن يكون الوقف منجزاً فلا يصح تعليقه علي شيء كوقفت ضيعتى هذه علي زيد إذا جاء رأس الشهر لأنه عقد يقتضى نقل الملك فى الحال فلم يصح تعليقه علي شرط كالبيع والهبة . وهذا إذا كان الوقف ليس قربة ظاهرة كالوقف علي شخص معين ، فإن كان قربة ظاهرة كتحرير الرقاب أو بناء المساجد وغيرها من جهات البر التى ينفك عن اختصاص الآدميين فالظاهر صحته وعلى كل فإن الوقف لا يصح تعليقه إلا فى ثلاثة أمور :

١ ـ إذا كان الوقف فيه قربة ظاهرة كجعلت هذا المبنى مسجداً إذا جاء رمضان .

٢ ـ إذا علق الوقف على الموت كوقفت دارى علي الفقراء بعد موتى .

٣ ـ إذا جعل إرثه وصية فيصح وإن كان نفاذ الوصية بعد الموت لكن يكون حكمه حكم الوصايا فى اعتباره من الثلث وفى جواز الرجوع عنه وفى عدم صرفه للوارث ويكون حكم الأوقاف فى تأبيده وعدم بيعه وهبته وإرثه بعد موت الواقف .

الشرط الثالث : بيان المصرف فلو اقتصر علي ذكر الموقوف دون الموقوف عليه فالأظهر بطلانه لعدم ذكر مصرفه وإن أضافه لله كقوله :

وقفت دارى لله أو فيما شاء وهذا هو المعتمد .

ولا يقال إنه : لو قال أوصيت بثلث مالى ولم يذكر مصرفاً أنه يصح ويصرف للمساكين أفلا يكون هنا كذلك ؟

أجيب بأن غالب الوصايا للمساكين مبنية على المساهلة فتصح بالمجهول والنجس بخلاف الوقف .

الشرط الرابع : الإلزام : فلو وقف شيئاً من أملاكه على الفقراء واشترط لنفسه الخيار فى إبقاء الوقف أو الرجوع فيه متى شاء أو شرط الخيار لغيره أو شرط عوده إليه بوجه من الوجوه كأن شرط أن يبيعه أو شرط أن يدخل من شاء ويخرج من شاء بطل الوقف على الصحيح وإن أضافه لله تعالى على المعتمد كقوله وقفته لله أو فيما شاء الله بخلاف الوصية والصدقة لأن موضعهما الفقراء وإن قال وقفته على من شئت أو فيما شئت فإن عينه قبل ذلك صح وإلا فلا .

وقيل إن الوقف يصح ويلغو الشرط كما لو طلق على أن لا رجعة له ومن ذلك ما روى أن رجلاً وقف شيئاً وشرط أن يكون لورثته بعد موته فأبطل النبى ﷺ شرطه فقط .

شروط الواقف :

يلزم اتباع شروط الواقف ما لم تكن ضرورة فإن كان هناك ضرورة فلا يتبع شرطه ومن ذلك ما لو شرط أن لا يؤجر الدار الموقوفة أكثر من ثلاث سنوات ولم يوجد من يستأجرها إلا بأكثر من ذلك فتجوز الزيادة للضرورة.

شرط الواقف إذا كان الموقوف عقاراً : فلو شرط الواقف أن لاتؤجر

الدار أكثر من سنة ثم انهدمت وليس هناك مورد لعمارة هذه الدار إلا بأن يؤجرها لمدة طويلة حتى يمكن عمارتها ففى هذه الحالة يجوز إجارتها بعقود مستأنفة وإن شرط الواقف أن لا تستأنف لأن المنع فى هذه الحالة يقتضى تعطيل العمارة لهذه الدار وهو مخالف لمصلحة الوقف ، وإنما جاز بعقود مستأنفه ولم يجز بعقد واحد للمدة كلها ، لأن الضرورة تقدر بقدرها.

أما إذا لم تكن ضرورة وشرط الواقف أن يؤجر الوقف أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر ست سنين فإن كان فى عقد واحد لم يصح فى شيء لمخالفته لشرط الواقف لا لأن ذلك مبنى على تفريق الصفقة ، إذ أن تفريق الصفقة غير جائز .

وإذا أجر ثلاث سنين قبل انقضاء الأولى لم يصح العقد الثانى وإنما أبطلناه فى الثانى دون الأول لانفراده .

وخلاصة القول ، أنه يجوز إبطال شرط الواقف فى حالات الضرورة ، فإذا لم يوجد إلا من يرغب فى إجارة الوقف إلا على وجه مخالف لما شرطه الواقف فهى صحيحة لأن الظاهر أنه لا يريد تعطيل وقفه .

وقيل : إن مثل هذا الشرط لا يتبع لأنه شرط فيه حجر على من يستحق المنفعة والقياس فساد الوقف به ، فيلغو الشرط فى هذه الحالة .

شرط الواقف إذا كان الوقف مسجداً : إذا شرط الواقف فى وقف المسجد اختصاصه بطائفة كالشافعية اتبع شرطه وكان المسجد مختصا بهم فلا يصلى ولا يعتكف فيه غيرهم رعاية لغرضه ، ومثل ذلك المدرسة والرباط إذا شرط فى وقفهما اختصاصهما بطائفة معينة اختص بهم ومعنى اختصاص المسجد بالطائفة الموقوف عليها أنه يمنع غيرهم من دخول المسجد

والجلوس فيه أو الصلاة أو الاعتكاف فإن دخلوه حرم عليهم ذلك رعاية لغرض الواقف وإن كان ذلك الشرط مكروهاً .

والثانى : لا يختص المسجد بهم ويلغو الشرط لأن جعل البقعة مسجداً يجعلها غير مختصة بطائفة معينة ومن ثم فلا يكون هناك معنى لاختصاص المسجد بجماعة .

ويمكن أن يقال : إن كان المسجد موقوفاً على أشخاص معينة كزيد وعمرو وبكر وذريتهم جاز الدخول بإذنهم ، وإن كان المسجد موقوفاً على طائفة معينة كالشافعية أو الحنفية أو الصوفية لم يجز لغير هذه الطائفة الدخول ولو أذن لهم الموقوف عليهم . فإن صرح الواقف بمنع دخول غيرهم لم يطرقه غيرهم البتة ، وإذا قلنا بجواز الدخول بالإذن فى القسم الأول فى المسجد والمدرسة والرباط كان لهم الانتفاع على نحو ما شرطه الواقف للمعينين لأنهم تبع لهم وهم مقيدون بما شرطه الواقف .

شرط الواقف إذا كان الوقف مقبرة :

وإذا كان الوقف مقبرة ، وخصها الواقف بطائفة ، فإنها تختص بهم لأن النفع هنا عائد إليهم بخلافه ثَمَّ فإن صلاتهم فى ذلك المسجد كفعلها فى مسجد آخر .

وعليه فلو دفن بها غير من اختصت به فقياس من يرى نبش المغصوب لإخراج من دفن به أنه هنا كذلك .

ولكن إذا اعتاد أهل بلد دفنا بمحل فلا يمتنع على غير أهله الدفن فيه لأنه لم يسبق له اختصاص بمالك أزال ملكه عنه ومجرد العادة اقتضت جواز الإقدام على الدفن فقط من غير ثبوت الاختصاص الذى يمنع غيرهم من الدفن فيه .

أهم الفروع المتعلقة بشرط الواقف :

الفرع الأول : لو وقف عقاراً على شخصين معينين كزيد وبكر ثم الفقراء ، فمات أحدهما فإن نصيبه يصرف إلى الآخر لأن شرط الانتقال إلى الفقراء انقراضهما جميعاً ولم يوجد وإذا امتنع الصرف إليهم فالصرف إلى من ذكره الواقف أولى وهذا هو الأصح .

والثانى : يصرف إلى الفقراء كما يصرف إليهم إذا ماتا .

ومحل الخلاف إذا لم يفصل الواقف فإن فصل بأن قال : وقفت على كل منهما نصف هذا الوقف فإن قال ذلك فهما وقفان فلا يكون نصيب الميت منهما للآخر بل الأقرب انتقاله للفقراء إلا إذا قال ثم من بعدهما على الفقراء فالأقرب انتقاله للأقرب إلى الواقف إذا مات أحدهما لأنه لا ينتقل إلى الفقراء إلا بعد موتهما .

الفرع الثانى : أنه إذا لم يذكر من يصرف له بعدهما ثم مات أحدهما فالأوجه أن يصرف نصيبه للآخر ولا يصرف لأقرباء الواقف . ولو رد الوقف أحدهما أو بان ميتاً فالقياس على الأصح صرفه للآخر .

الفرع الثالث : أنه لو وقف على زيد ثم عمرو ثم بكر ثم الفقراء فمات عمرو قبل زيد ثم مات زيد فلا شيء لبكر وينتقل الوقف من زيد إلى الفقراء لأنه رتَّبه بعد عمرو ، وعمرو بموته أولا لم يستحق شيئاً فلم يجزْ أن يتملك بكر عنه شيئاً ، وبهذا قال الماوردى والرويانى ، وقال القاضى : الأظهر أنه يصرف إلى بكر لأن استحقاق الفقراء مشروط بانقراضه وهذا هو الراجح .

أحكام الوقف اللفظية

الأحكام اللفظية للوقف ، هى الأحكام المتعلقة بمدلول لفظ الواقف وعبارته وذلك لأن الأصل أن شروط الواقف مرعية ما لم يكن فيها ما ينافى الوقف أو كانت هناك ضرورة تقضى بالخروج على شرط الواقف ، فإذا تلفظ الواقف فى صيغة الوقف بحرف عطف يقتضى تشريكاً كالواو أو ترتيباً مثل ثمَّ عمل به ، كأن قال وقفت أملاكى فى مدينة طنطا على أولادى وأولاد أولادى فذلك يقتضى التسوية فى أصل الإعطاء وقدر العطية بين جميع افراد الأولاد وأولادهم من الذكور والإناث لأن الواو لمطلق الجمع كما هو الصحيح عند الأصوليين ونقل عن إجماع النحاة . ومن جعلها للترتيب كما حكاه الماوردى فى باب الوضوء عن أكثر الأصحاب فذلك يقتضى تقديم الأولاد عملاً بالترتيب المستفاد من الواو فلو قال : ومن مات منهم فنصيبه لولده فمات أحدهم اختص ولده بنصيبه وشارك الباقين فيما عداه .

أما ولو قال وقفت هذا العقار على أولادى ثم أولاد أولادى ما تناسلوا أو قال : وقفته على أولادى وأولاد أولادى الأعلى فالأعلى أو الأقرب فالأقرب ، فهو للترتيب لدلالة ثم عليه فى الأولى ولتصريحه به فى الثانية لأن ما تناسلوا يقتضى التعميم بالصفة المتقدمة ومن ثم فيمتنع الصرف لبطن وهناك أحد من بطن أقرب منه كما صرح به البغوى وغيره .

ولكن هل يدخل أولاد الأولاد فى الوقف على الأولاد؟ الأصح أن أولاد الأولاد لايدخلون - إذ يصح أن يقال فى ولد الولد لشخص ليس ولده ، ومقابل الأصح يدخلون حملاً على الحقيقة والمجاز والثالث : تدخل أولاد البنين لانتسابهم إليه دون أولاد البنات.

والمراد بالأولاد الجنس فيشمل الولد الواحد فيستحق الكل فلو حدث له ولد بعده شاركه ولا يدخل الحمل لأنه لا يسمى ولداً إلا إذا لم يكن له ولد فيستحق الوقف وهو جنين حذراً من إلغاء الوقف .

أما أولاد البنات فلا يدخلون مع أولاد الأولاد إلا إذا قال وقفت هذا على ذريتي أو على نسلي أو على عقبي لصدق اللفظ بهم ، والعقب هو ولد الرجل الذي يبقى بعده .

أما دخول البنات في الذرية فلقوله تعالى : ﴿ ومن ذريته داود وسليمان ﴾[1] إلى أن ذكر عيسى ، وليس هو إلا لبنت والنسل والعقب في معنى الذرية . بل يدخل الحمل في ذلك أيضاً . وفي الوقف على البنين والبنات يدخل الخنثى إذ هو لا يخرج عن أحدهما ويعطى القدر المتيقن عند المفاضلة بين الذكر والأنثى ويوقف الباقي إلى أن تظهر حقيقة أمره .

فإن قيد أولاده بالهاشميين لم تدخل البنات إلا إذا كان أبوهم هاشمياً ، أو قال : وقفت هذا على من ينتسب إلى من أولاد أولادي فإن أولاد البناء لا يدخلون مع أولاد البنين في الوقف نظراً إن كان هذا القيد معتبراً شرعاً بأن يكون الواقف ذكراً فإن كان أنثى دخلوا بجعل الانتساب لغوياً لأن النسب إن كان شرعياً فلا انتساب للأنثى أصلاً وإن كان لغوياً فالكل ينسبون إليها بمعنى أن كلا من أولادها ينسب إليها فليس لها فرع إلا وينسب إليها بهذا المعنى.

وإنما لم تدخل أولاد البنات إن قال وقفت على من ينسب إلى من الأولاد لأنهم ينسبون إلى أبائهم لقوله تعالى : ﴿ادعوهم لآباءهم ﴾[2] وأما قوله ﷺ في حق الحسن بن علي إن ابني هذا سيد فجوا به إن ذلك من خصائصه عليه الصلاة والسلام .

---

(١) من الآية (٨٤) من سورة الأنعام .

(٢) من الآية (٥) من سورة الأحزاب.

الصفة والاستثناء فى الوقف

ومرادنا بالصفة هنا ما يفيد قيداً فى غيره فلا يتوهم أنها الصفة النحوية وحكم هذه الصفة أنها إذا تقدمت على جمل أو مفردات معطوفة اعتبرت تلك الصفة فى الكل من تلك الجمل أو المفردات إذا كانت تلك الجمل أو المفردات قد عطف بعضها على بعض بحرف يدل على الاشتراك كالواو ، بشرط أن لا يتخلل المتعاطفات كلام طويل .

وذلك لأن الأصل اشتراك هذه المتعاطفات فى جميع المتعلقات سواء تقدمت الصفة أو الاستثناء عليها أو تأخراً أو توسطاً ومثال ذلك أن يقول شخص وقفت هذا على محتاجى أولادى وأحفادى وإخوتى . أو على أولادى وأحفادى وإخوتى المحتاجين . أو على أولادى وأحفادى وإخوتى إلا من يفسق منهم .

والأحفاد هم أولاد الأولاد ، والمحتاج من يجوز له أخذ الزكاة كما أفتى به القفال . فإن عطف ما ذكر من المتعاطفات بثم أو فرق بينهما بكلام طويل اختصت الصفة بالجملة الأخيرة والمذهب صحة العود إلى الجميع وإن كان العاطف بثم فلا يتقيد بالواو فقط بل بوجود عاطف جامع بالواوا والفاء أوثم وهذا هو المعتمد .

وما سبق ذكره فهو فى عطف المفردات وأما عطف الجمل فهو أن يقول وقفت هذا الوقف على أولادى وحبست على أقاربى ضيعتى وسبلت على خدمى بيتى المحتاجين أو إلا أن يفسق أحد منهم إلا أن الأسنوى استبعد رجوع الصفة للكل لأن كل جملة مستقلة بصيغة خاصة بها .

أحكام الوقف المعنوية

ونعنى بها ثبوت الملك فى ذات الموقوف وفى منافعه أما ذات الملك فهو لله تعالى فإن كل الموجودات بأسرها ملك له فى جميع الحالات بطريق الحقيقة وإن سمى غيره مالكاً فإنما هو بطريق التوسع والمجاز بمعنى ثبوت الاختصاص له . وبناء عليه ، فإنه إذا انفك الملك عن اختصاص الآدمى فلا يكون للواقف أو للموقوف عليه ، وهذا هو الأظهر ، وفى قول : لا ينتقل عن الواقف وبه قال الإمام مالك ، وحجة هذا الرأى أن الواقف حبس الأصل وسبل الثمرة وذلك لا يوجب زوال ملكه بدليل اتباع شرطه .

والقول الثالث : أن الملك ينتقل إلى الموقوف عليه ووجهه أن الوقف ملحق بالصدقة وبه قال الإمام أحمد فإن قيل إن الوقف يثبت بشاهد ويمين وحقوق الله لا تثبت إلا بشاهدين : أجيب بأن المقصود بثبوت الوقف هو حق الانتفاع بالوقف فيجوز ثبوته بشاهد ويمين فيكون محل الخلاف فيما يقصد به تملك ريعه . أما الوقف ذاته فهو كالمسجد والمقبرة وكذا الربط[١] والمدارس فالملك فيها لله تعالى باتفاق[٢] .

وخلاصة القول : أن ذات الوقف مملوكة لله تعالى والمنافع مملوكة للآدمى ولكن من يستحق المنافع فى الموقوف ؟

أما منافع الموقوف فهى ملك الموقوف عليه لأن ذلك مقصوده فليس للواقف انتفاع بدليل أن الموقوف عليه يجب عليه زكاة العين الموقوفة وهذا يقطع بأنه ليس للواقف أى حق فى الموقوف لكن يستثنى المسجد والبئر

---

(١) نهاية المحتاج للرملى (ج٥ص٣٨٩) .

(٢) الرباط ما يربط به القربة وغيرها والجمع ربُط ، والرباط اسم من رابط مرابطة إذا لزم ثغر العدو والرباط الذى يبنى للفقراء (المصباح المنير ج١ ص٢٥٦) .

والمقبرة إذا وقف شيء من ذلك فيكون للواقف فيها ما للغير كما أن له أن يتصرف فى فوائد الموقوف الحادثة بعد الوقف تصرف الملاك فى أملاكهم فيستوفى منافع الموقوف بنفسه وبغيره بإعارة وإجارة إن كان ناظراً وإن لم يكن ناظراً امتنع ذلك عليه ، لتعلقه بالناظر أو نائبه كسائر الأملاك .

أما الولد فيملكه الموقوف عليه فى الأصح عند الإطلاق أو عند شرط الولد له ، وقيل : يكون وقفاً تبعاً لأمه .

أما إذا كانت أمه حاملاً به حين الوقف فولدها وقف قولاً واحداً إن قلنا للحمل حكم المعلوم بناء على أنه يعلم وهو الأصح .

أما الثمرة الموجودة عند الوقف فهى ملك للواقف إن كانت مؤبرة ، وإن كانت غير مؤبرة فوجهان قال الدارمى ينبغى أن تكون للموقوف عليه ، وقال الزركشى وكذا الموجود فى البئر عند الوقف ينبغى أن يكون ملكاً للواقف ؛ ومن الثمرة ، صوف ووبر ولبن ، فيملكها الموقوف عليه .

الفروع المتعلقة بملك الوقف :

الأول : إذا ماتت البهيمة الموقوفة اختص[1] الموقوف عليه بجلدها لكونه أولى به من غيره وهذا قبل الدبغ ، فإن دبغه أو اندبغ بنفسه عاد وقفاً .

الثانى : لو تعطلت منفعة الموقوف بسبب غير مضمون كأن جفت الشجرة الموقوفة أو قلعها ريح أو سيل أو نحو ذلك ولم يمكن إعادتها إلى مغرسها قبل جفافها أو كبرت الدابة الموقوفة لم ينقطع الوقف على المذهب وإن كان لا يصح وقف ذلك ابتداء لشرط الدوام بل ينتفع بها جذعاً بإجارة ونحوها أو ألواحاً لنحو باب أو سقف إدامة للوقف فى عينها ولا تباع ولا توهب لقوله ﷺ : « حبس الأصل وسبل الثمر » .

---

(١) وإنما عبرنا بأن الموقوف عليه يختص بجلدها ولم نقل بملكه لأن النجس لا يقبل الملك .

وفى قول : تباع لتعذر الانتفاع على وفق شرط الواقف . والثمن الذى بيعت به على هذا الوجه ، قيل يشترى به شجرة أو شقص شجرة من جنسها لتكون وقفاً ، وفى قول : يملكه الموقوف عليه فى الأصح ومقابل الأصح ينقطع الوقف فينقلب الحطب ملكاً للواقف .

الثالث : أنه يجوز بيع فرش المسجد الموقوفة إذا بليت ، وجذوعه إذا انكسرت أو أشرفت على الانكسار ولم تصلح إلا لإحراق لئلا تضيع أو يضيق المكان بها من غير فائدة فيكون تحصيل نزر يسير من ثمنها يعود إلى الوقف أولى من ضياعها ، ولا تدخل بذلك تحت بيع الوقف لأنها صارت فى حكم المعدومة وهو المعتمد وإذا بيعت فيصرف ثمنها فى صالح المسجد . أما إذا أمكن أن يتخذ من تلك الجذوع ألواح ، فلا تباع قطعاً بل يجتهد الحاكم ويستعمله فيما هو أقرب لمقصود الوقف .

ومقابل الأصح أنها تبقى أبداً .

ومحل الخلاف إنما هو فى العين الموقوفة ولو بشراء أما المملوكة للمسجد بشراء ونحوه ولم توقف فإنها تباع جزماً .

ويجرى هذا الخلاف فى دار متهدمة أو مشرفة على الانهدام ولم تصلح للسكنى . والأصح المنع من بيعها لأن جواز البيع يودى إلى موافقة القائلين بالاستبدال وهذا لا يجوز ، ويمكن حمل قول القائلين بالجواز على البناء خاصة وهذا الحمل أسهل من تضعيفه .

الرابع : لو انهدم مسجد وتعذرت إعادته أو تعطل بخراب البلد مثلاً فلا يباع مطلقاً لإمكان الانتفاع به حالاً بالصلاة فى أرضه ولإمكان عوده كما كان وبهذا فارق المسجد وقف فرس على الغزو فإنه إذا كبر ولم يصلح للغزو جاز بيعه .

أما انقاض المسجد فإن رجي عوده حفظت وجوباً ولو بنقل النقض إلى محل أمين إن خيف على أخذه فإن لم يرج عوده بنى به مسجد آخر بقربه فلا يجوز بناء مدرسة بطوب المسجد ، وفرشه وقناديله حكمها حكم انقاض المسجد ، وإن كان بالمسجد من يعمل براتب استحق أجره وإن تعذر عليه القيام بوظيفته لعدم تقصيره كمدرس لم تحضر طلبته بخلاف إمام لم يحضر من يصلى معه فلا يستحق إلا إذا صلى فى البقعة وإن كان وحده لأن عليه فعل الصلاة فيه إماماً فإذا تعذر أحدهما بقى الآخر ، وهذا فى مسجد يمكن فيه أداء تلك الوظائف أما المسجد الذى محاه البحر مثلاً وصار داخل اللجة[1] فينبغى نقل وظائفه لما ينقل إليه نقضه .

وخلاصة القول أن غلة المسجد تحفظ لرجاءعوده ، فإن تعذر صرفت إلى أقرب المساجد إن احتيج إليها وإلا صرفت لأقرب الناس إلى الواقف فإن لم يكن له أقرباء صرفت للفقراء .

النظر على الوقف وشروط الناظر ووظيفته

الأول : سلطة الواقف فى تعيين ناظر على الوقف : يكون للواقف الحق فى اشتراط تعيين ناظر على الوقف فلو شرط النظر لنفسه أو لغيره واحداً أو أكثر اتبع شرطه كبقية شروطه لما روى أن عمر رضى الله عنه ولى أمر صدقته[2] ثم جعله لحفصة من بعده ما عاشت ثم لأولى الرأى من أهلها . وخبر البيهقى : « المسلمون عند شروطهم »[3] ولأن الواقف هو المتقرب بالصدقة فيتبع شرطه كما يتبع فى مصارفها وغيرها .

---

(١) لجة الماء بالضم معظمه (المصباح المنير ج٢ ص٦٦٥) .

(٢) المراد بالصدقة هنا الوقف .

(٣) الأصل أن شروط الواقف مرعية مالم يكن فيها ما ينافى الوقف ويناقضه ، عليه جرت أوقاف الصحابة ، فقد وقف عمر وشرط أن لا جناح علي من وليه أن يأكل منها بالمعروف وأن التى تليه حفصه فى حياتها فإذا ماتت فذو الرأى من أهلها رواه أبو داود بسند صحيح (التلخيص ج٣ ص٦٩)

وكما يقبل شرطه فيمن يكون له النظر فيقبل أيضاً ما شرطه لنفسه من ريع الوقف بحيث لا يزيد على أجرة المثل ، فإن لم يشترط لنفسه أجراً فهو متبرع إلا أن يفرض له الحاكم أجرة المثل بعد رفعه له ، فإن أخذ شيئاً من مال الوقف قبل ذلك أو بعده بغير ما قرر له ضمنه ولا يبرأ إلا برده للقاضى أما ما يؤخذ ضيافة أو حلوانا فقد قال الرملى بجوازه نظراً للعادة ، ومنعه شيخ الإسلام زكريا الأنصارى.

والذى يظهر لنا أنه إن بذله دافعه عن طيب نفس بلا إكراه وبلا خوف زوال الوقف عنه وبلا نقص أجرة وقفه جاز وإلا فلا وبهذا يمكن أن يجمع بين الرأيين .

وإن لم يشترط النظر لأحد فهو للقاضى بناء على أن الملك فى الموقوف لله تعالى ، وأما على القول بأن الملك فيه للواقف أو للموقوف عليه يكون النظر للواقف فيهما .

والراجح فى نظرنا أن الوقف إن كان على جهة عامة فولاية النظر للحاكم وإن كان على معين فله أيضاً إن قلنا الملك ينتقل إلى الله تعالى وإن جعلناه للواقف أو الموقوف عليه فللواقف أن يتولى النظر على الوقف .

وحيث كان الوقف للقاضى فيكون لقاضى بلد الوقف فيتولى إجارته وحفظه ونحوهما وقاضى بلد الموقوف عليه من حيث التصرف وقسمة الغلة ونحوهما لتنمية مال اليتيم وليس لأحد القاضيين فعل ما ليس له .

الثانى : شروط الناظر : يشترط فى الناظر شرطان :

الأول : العدالة ولو كان هو الواقف أو كان أعمى أو أنثى أو كان النظر على معينين رشداء لأن النظر ولاية على الغير فاعتبر فيه ذلك كما فى الوصى والقيم . فإن كان الناظر معيناً من قبل الحاكم فيشترط فيه العدالة

الباطنة ويكتفى فى المعين من قبل الواقف بالعدالة الظاهرة . كما فى الأب وإن افترقا فى وفور شفقة الأب وخالف الأذرعى فاعتبر فيه العدالة الباطنية أيضاً والأول أوجه .

الشرط الثانى : الاهتداء إلى التصرف فلو زالت أهليته انتقل النظر للحاكم لا لمن بعده ممن شرط له النظر على المعتمد ولو عادت الأهلية عادت له الولاية إن كان الواقف قد نص على عينه وإلا فلا ، وثبوت أهليتـــه فى مكان من جملة الوقف يسرى على بقيته من حيث الأمانة مطلقاً وكذا الاهتداء إلى التصرف إن كان أعلى من البقية وإلا فلابد من ثبوتها فى الجميع وعلم مما ذكر أن الناظر الذى شرطه الواقف لا ينعزل ولو عزل نفســـه أو عزله غيره ، ولا يبدل بغيره وأن عروض عدم أهليته ما نع مـــن تصرفه لا سالب لولايته.

الثالث : وظيفة الناظر :

أما وظيفة الناظر فهى عند الإطلاق أو تفويض جميع الأمور له تكاد تنحصر فى العمارة والإجارة وتحصيل الغلة بقسمتها على مستحقيها وحفظ الأصول والغلات على الاحتياط لأنه المعهود فى مثله ، ويراعى عند قسمة الغلة على مستحقيها الزمن الذى حدده الواقف ، فلا يجوز له ولا لغيره أخذ شيء من الوقف قبل وقت استحقاقه . وله جعل المال تحت يده من حيث الولاية لا من حيث الاستحقاق ليأخذ هو وغيره منه ما قد يستحق فى وقته من شهر أو سنة أو غيرهما ولا يجوز مثل ذلك للجابى ولا للعامل ولا غيرهما إلا بإذن الناظر لأنهم نوابه فيه .

فإن فوض إليه بعض هذه الأمور فليس له أن يتعدى ذلك اتباعاً للشرط

كالوكيل فإن فوض النظر لاثنين لم يستقل أحدهم بالتصرف كما فى الوصية لاثنين ولو شرط النظر للأرشد من أولاده دخل أولاد البنات ومتى ثبت رشد واحد لم ينتقل عنه برشد غيره ما لم يتغير حاله . ولو تعارض بيبنتان برشد اثنين مثلاً اشتركا حيث وجدت الأهلية وسقط الرشد للتعارض فيه ولو طال الزمن بين البينتين قدمت الناقلة .

عزل الواقف لمن ولاه : وأما عزل الواقف لمن ولاه النظر عنه ونصب غيره مكانه فهو جائز كما فى الوكيل أما غير الناظر فلا يصح منه تولية ولا عزل بل هى للحاكم لأنه لا نظر له حينئذ .

ولكن هل يجوز عزل الناظر من غير سبب ؟ الظاهر أن الواقف له عزل الناظر مطلقاً لأنه كالوكيل المأذون له فى إسكان هذه الدار فله أن يسكنها من جاء من الفقراء وإذا أسكنها فقيراً مدة فله أن يخرجه ويسكن غيره لمصلحة ولغير مصلحة ، وليس تعيينه لذلك يصيره كأنه مراد الواقف حتى يمتنع تغييره .

أما غير الناظر من أرباب الوظائف والمدرس والإمام والطلبة ونحوهم فليس للواقف ولا للناظر ولا للإمام الأعظم عزلهم بغير سبب ولا ينفذ عزلهم ويفسق عازلهم به ويطالب بسببه إلا أن علمت صيانته وديانته وأمانته وعلمه .

فإن عزل الناظر نفسه لم ينصب بدله الحاكم وإنما يقيم من يتصرف عنه وتولية الحاكم غيره للتصرف عنه ليس لانعزاله بل لامتناعه وإذا عاد عاد النظر كما كان .

فرع : لو ضاق الوقف عن مستحقيه لم يقدم بعضهم على بعض بل

يقسم بينهم بالمحاصة[١] لأنه لا يجـــوز تمييز بعضهم على بعض وليس للناظر إحداث وظيفة لم تكن مشروطة من شـــروط الواقف ولا يجوز له صرف شيء من الوقف فيها ولا يجوز لمن قرر فيها أخـذ شيء من المعلوم فيها ولا يجوز إبطال وظيفة مما شرطه الواقف ويفســـق فاعل ذلك وينعزل به . ولا يجوز للناظر تقديم بعض المستحقين على بعـــض فى الإعطاء. والله أعلم .

---

(١) الحصة القسم والجمع حصص وحصه من المكان كذا حصل له ذلك نصيباً ، وتحاص الغرماء اقتسموا المال بينهم حصصاً (المصباح المنير ج١ ص١٦٨) .

الفصل الثامن

الهبة وأحكامها

تعريف الهبة لغة وشرعاً :

الهبة لغة : من وهب بمعنى مر لمرورها من يد إلى يد أخرى أو بمعنى تيقظ لتيقظ فاعلها للخير أو هى مأخوذة من هبوب الريح ، قال فى الفتح : تطلق بالمعنى الأعم على أنواع : الإبراء ، وهو هبة الدين ممن هو عليه ، والصدقة وهى هبة ما يتمحض به طلب ثواب الآخرة ، والهدية وهى ما يلزم به الموهوب له عوضه ، ومنخصها بالحياة أخرج الوصية ، وهى تكون أيضاً بالأنواع الثلاثة ، وتطلق الهبة بالمعنى الأخص على ما لا يقصد له بدل[١] وعليه ينطبق قول من عرف الهبة بأنها تمليك بلا عوض وهذا هو معنى الهبة شرعاً، فإن الهبة شرعاً : تمليك منجز مطلق فى عين حال الحياة بلا عوض ولو من الأعلى . أو نقول : هى تلميك تطوع فى الحياة وهذا أولى وأخصر .

فخرج بالتمليك الضيافة لأنها إباحة لكن يملك الضيف ما أكله بوضعه فى فمه ملكاً مراعى فيه أنه إن ازدرده أو بلعه استقر على ملكه وإن أخرجه تبين أنه باق على ملك صاحبه ولهذا لو حلف لا يأكل طعام زيد فأكله ضيفاً لم يحنث لأنه لم يأكل إلا طعام نفسه. كما يخرج بالتمليك أيضاً الوقف لأنه إباحة على المعتمد ، فهو خارج بالتمليك وعلى القول بأنه تمليك فو تمليك للمنفعة لا للعين فيكون الوقف على هذا خارج بقوله فى عين . وخرجت العارية كذلك بالتمليك لأنها إباحة فى المنافع لأن المستعير ينتفع ولا يمتلك المنفعة .

وقوله : منجز أى حاصل فى الحال فخرج به المعلق على صفة كقدوم غائب نحو إن جاء زيد فقد وهبتك كذا فلا يصح لأنه غير منجز ، وخرج

---

(١) تقول : وهبت لزيد مالا أعطيته بلا عوض.. واتَّهبتُ الهبة قبلتها ويتعدي للمفعول الأول بلام وفى التنزيل : ﴿ يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور ﴾ (المصباح ج٢ص٨٤٢).

بالحياة الوصية لأن التمليك فيها إنما يتم بالقبول وهو بعد الموت .

وخرج بقوله بلا عوض ما فيه عوض كالبيع ولو بلفظ الهبة . لأن اللفظ لا يقتضيه ، هذا إن لم تقيد بثواب ، فإن قيدت به ، فإن كان مجهولاً كثوب فباطلة لتعذر تصحيحها بيعاً لجهالة العوض ولا تصح هبة لأن لفظها لا يقتضيه كما علم فيكون المقبوض بها في هذه الحالة مقبوض بالشراء الفاسد فيضمن ضمان المغصوب ، وإن كان معلوماً فهى بيع نظراً للمعنى فيجرى فيه أحكامه كالخيار والشفعة وعدم توقف الملك على القبض بل تملك بالعقد ومحل عدم العوض إن لم تقم قرينة على طلبه وإلا وجب إعطاء العوض أو رد الهدية كما صرح به الرملي .

وقوله : ولو من الأعلى أى ولو كان ذلك التمليك صادراً من الأدنى للأعلى منه رتبة دنيوية وهذه الغاية للرد على القول بأن الهبة إذا كانت من الأدنى للأعلى منه تقتضى العوض عملاً بالعادة .

فالهبة والعطية والهدية والصدقة معانيها متقاربة ، وكلها تمليك فى الحياة بغير عوض . وهذا صحيح بالنسبة لاسم العطية فإن اسم العطية شامل للجميع أما الصدقة والهدية فهما متغايران ، فإن النبى ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة ، وقال فى اللحم الذى تصدق به على بريرة هو عليها صدقة ولنا هدية فالظاهر أن من أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله تعالي للمحتاج فهو صدقة ومن دفع إلي إنسان شيئاً يتقرب به إليه محبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب إليه ومحثوث عليه لقوله ﷺ : « تهادوا تحابوا »[1] وأما الصدقة فما ورد فى فضلها أكثر من أن يمكننا حصره ، وقد قال الله تعالى : ﴿ إن تبدوا الصدقات فنعما هي ، وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم سيئاتكم ﴾[2] .

---

(١) حديث : « تهادوا تحابوا » رواه البخارى فى الأدب المفرد ، والبيهقى وابن وردان عن أبى هريرة وإسناده حسن (التلخيص الحبير ج٣ ص٦٩ ، ٧٠) .

(٢) من الآية (٢٧١) من سورة البقرة .

وفرق بعضهم بين الصدقة والهدية فقال : إن ملك محتاجاً لثواب الآخرة شيئاً فهو صدقة ، وإن نقله إلى مكان الموهوب له إكراماً له فهدية فكل من الصدقة والهدية هبة بالمعنى اللغوى وليس كل هبة صدقة وهدية وتظهر فائدة الفرق بين الصدقة والهدية فى الحلف فمن حلف لا يتصدق لم يحنث بهبة أو هدية أو حلف لا يهدى لم يحنث بصدقة وهبة أو لا يهب حنث بهما وقد يجتمعان كما لو اجتمع النقل والحاجة والمراد بالنقل ما يشمل البعث به إليه مع وكيله مثلاً وقوله فإن نقله إكراماً قد يحترز به عن نحو رشوة وإعطاء نحو شاعر خوفاً من هجوه .

حكم الهبة :

الهبة مندوب إليها لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال : «تهادوا تحابوا» وهى للأقارب أفضل لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما : قال : قال رسول الله ﷺ : «الراحمون يرحمهم الله ، إرحموا من فى الأرض يرحمكم من فى السماء ، الرحم مشتقة من الرحمن ، فمن وصلها وصله الله ، ومن قطعها قطعه الله»[1] وفى الهبة صلة الرحم .

والمستحب أن لا يفضل بعض أولاده على بعض فى الهبة لما روى النعمان بن بشير قال : أعطانى ابى عطية فأتى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله إنى أعطيت ابنى عطية وإن أمه قالت : لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ فهل أعطيت كل ولدك مثل ذلك ؟ قال : لا. قال رسول الله ﷺ اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم ، أليس يسرك أن يكونوا لك فى البر سواء ؟ قال : بلى قال : فلا إذاً»[2] .

فإن فضل بعضهم بعطية صحت العطية لما روى فى حديث النعمان أن

---

(١) وفى رواية للبخارى : فقال الله تعالى : «من وصلك وصلته وصلته ومن قطعك قطعته» . (رياض الصالحين للنووى ص١٥٢) .

(٢) رواه الشافعى فى الأم والبيهقى وفيه قال : «فارتجعه» وفيه : اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم (التلخيص ج٣ص٧٢) .

النبى ﷺ قال : « أشهد على هذا غيرى » ، فلو لم يصح لبين له ولم يأمره أن يشهد عليه غيره .

ولا يستنكف أن يهب القليل ولا أن يوهب له القليل ، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ ، « لو دعيت إلى كراع لأجبت ، ولو أهدى إلى كراع أو ذراع لقبلت »[١] .

وقدتمسك بحديث النعمان بن بشير من أوجب التسوية بين الأولاد فى العطية وبه صرح البخارى وهو قول طاووس والنووى وأحمد وإسحاق وبعض المالكية قال فى الفتح : والمشهور عن هؤلاء أنها باطلة وعن الإمام أحمد يجوز التفضيل فى العطية بين الأولاد إن كان له سبب كأن يحتاج الولد لزمانته أو دينه أو نحو ذلك دون الباقين .

وذهب الجمهور إلى أن التسوية مستحبة ، فإن فضل بعضهم صح وكره وحملوا الأمر على الندب وكذلك حملوا النهى الثابت فى رواية مسلم أيسرك أن يكونوا لك فى البر سواء « قال بلى قال : فلا إذن » حملوا هذا النهى على التنزيه .

وأجابوا عن حديث النعمان بأجوبة منها أن الموهوب للنعمان كان جميع مال والده حكاه ابن عبد البر ، وتعقبه بأن كثيراً من طرق الحديث مصرحة بالبعضية . كما فى حديث جابر وغيره أن الموهوب كان غلاماً ، وكما فى لفظ مسلم عن النعمان « تصدق علىَّ أبى ببعض ماله » .

والجواب الثالث : أن النعمان كان كبيراً ولم يكن قبض الموهوب فجاز لأبيه الرجوع ذكره الطحاوى ، لكن قال الحافظ وهو خلاف ما فى أكثر طرق الحديث خصوصاً قوله : ارجعه ، فإنه يدل على تقدم وقوع القبض والذى

---

(١) رواه البخارى من حديث أبى هريرة فى النكاح ورواه الترمذى من حديث أنس بلفظ : «لو أهدى إلىَّ كراع لقبلت ، ولو دعيت عليه لأجبت » وصححه . (التلخيص الحبير ج٣ ص٧٠) .

تضافرت عليه الروايات انه كان صغيرا وكان أبوه قابضا له لصغره فأمره برد العطية المذكورة بعد ما كانت فى حكم المقبوضة .

والرابع : أن قول : أشهد عل هذا غيرى ، يفيد الصحة لأنه اذن بالإشهاد على ذلك ، وإنما امتنع من ذلك لكونه الإمام ، وكأنه قال : أشهد لأن الإمام ليس من شأنه أن يشهد وإنما من شأنه أن يحكم ، حكاه الطحاوى وارتضاه ابن القصار وتعقب بأنه لا يلزم من كون الإمام ليس من شأنه أن يشهد أن يمتنع من تحمل الشهادة ولا من أدائها إذا تعينت عليه ، والإذن المذكور مراد به التوبيخ لما تدل عليه بقية ألفاظ الحديث وبذلك صرح الجمهور فى هذا الموضع.

وقال ابن حبان قوله : أشهد ، صيغة أمر والمراد به نفس الجواز وهى كقوله لعائشة : اشترطى لهم الولاء . ويؤيد هذا الوجه تسميته ﷺ لذلك جورا كما فى بعض الروايات المذكورة .

الخامس : أن الإجماع انعقد على جواز عطية الرجل ماله لغير ولده ، فإذا جاز له أن يخرج جميع ولده من ماله لتمليك الغير جاز له أن يخرج بعض ولده بالتمليك لبعضهم . ولكن قال الحافظ بن حجر ولا يخفى ضعفه لأنه قياس مع وجود النص وقد رأى الشوكانى أن التسوية واجبة وأن التفضيل محرم .

أركان الهبة :

أركان الهبة ثلاثة : عاقدان وصيغة وموهوب.

الركن الأول : العاقدان ولهما شروط ، فيشترط فى الواهب الملك وإطلاق التصرف فى ماله فلا تصح من ولى فى مال محجور ، ويشترط فى

الموهوب له أن يكون فيه أهلية الملك لما يوهب له من تكليف وصحة تصرف وسيأتى أن غير المكلف يقبل له وليه فلا تصح لحمل ولا لبهيمة .

الركن الثانى : الصيغة وهى إيجاب وقبول لفظاً من الناطق ومن صريح الإيجاب أن يقول : وهبتك ومنحتك وملكتك بلا ثمن ، ومن صريح القبول قبلت ورضيت ، ولا يصح القبول إلا على الفور وقال أبو العباس : يصح علي التراخى والصحيح الأول لأنه تمليك : حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع .

ولكن يستثنى من اشتراط القبول بعض مسائل من أهمها :

١ - إذا وهبت المرأة نوبتها لضرتها فلا يشترط قبول الضرة لتلك النوبة على الصحيح .

٢ - إذا خلع السلطان شيئاً على الأمراء والقضاة وغيرهم فلا يشترط فيه القبول وبهذا قال بعض المتأخرين لجريان العادة بذلك .

٣ - وإذا اشترى الولد لابنه الصغير حلياً وزينه به ، فإنه يكون تمليكاً له بخلاف ما لو اشترى حلياً لزوجته ، فإنه لا يصير ملكاً لها كما قال القفال.

والفرق بينهما أن له ولاية على الصغير بخلاف الزوجة ، وبهذا قال السبكى وتبعه ابن الملقن ، ويرد هذا قول الشيخين وغيرهما ، فإن وهب للصغير ونحوه ولى غير الأب والجد قبل له الحاكم ، وإن كان أباً أو جداً تولى طرفى العقد وهذا معناه أنه لابد من الإيجاب والقبول .

ويتفرع على هذا أنه إذا وهب للصغير ونحوه ممن ليس أهلاً للقبول وجب على الولى أن يقبل عنه الهبة ، فإن لم يقبل انعزل الوصى أو القيم وأثم

لتركه الأحظ ، فإن كان أبا أو جداً فلا ينعزل لكمال شفقتهما ، وإن كان سفيها فيقبلها لنفسه لأن السفيه صحيح العقل.

أما الأخرس فيكفيه الإشارة المفهمة .

والهبة بلفظ الكناية تحتاج إلى نية الواهب ومن الهبة بلفظ الكناية أن يقول شخص لآخر كسوتك هذا الثوب لأنه يصلح للعارية والهبة فإن قال لم أرد الهبة صدق لأنه ليس صريحاً فى الهبة ولهذا فيرجع إلى نيته . فإن نوى بها هبة حصلت وإلا فلا .

وإذا كان يشترط فى الهبة الإيجاب والقبول . فإن الهدية لا يشترط فيها ذلك على الصحيح ولو فى غير المطعوم . بل يكفى البعث من المهدى والقبض من المهدى إليه فيكون البعث والقبض كالإيجاب والقبول ، وهذا ما جرى عليه الناس فى الأعصار ، وقد أهدى الملوك إلى رسول الله ﷺ الكسوة والدواب والجوارى ، وفى الصحيحين : كان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة رضى الله عنها ولم ينقل إيجاب ولا قبول وهذا هو الصحيح .

وقيل : يشترط فى الهدية الإيجاب والقبول كما فى الهبة سواء بسواء وحمل ما جرى عليه الناس على الإباحة ، ولكن يمنع من هذا القول أن الفروج لاتباح بالإباحة .

وأما الصدقة فلا تحتاج إلى الصيغة قطعاً وهذا هو الظاهر كما قال الإمام .

مسألة : لو ختن شخص ولده واتخذ دعوة فأهدى إليه ولم يسم أصحاب الهدايا الابن ولا الأب ففى هذه المسألة وجهان :

أحدهما : انها للابن وصححه العبادى وصاحب الكافى وجزم به القاضى حسين .

والثانى : انها للأب وهو أصح وأقوى .

الركن الثالث : الشيء الموهوب وضابطه أن كل ما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته لأنه عقد يقصد به ملك العين فملك به ما يملك بالبيع وما جاز بيعه جاز هبة جزء منه ولو شائعاً لما روى عمر بن سلمة الضمرى عن رجل من بهز : « أنه خرج مع رسول الله ﷺ يريد مكة حتى إذا كانوا فى بطن وادى الروحاء وجد الناس حمار وحش عقيراً فذكروه للنبى ﷺ فقال : اتركوه حتى يأتى صاحبه فأتى البهزى وكان صاحبه ، فقال : يا رسول الله شأنكم هذا الحمار ، فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر فقسمه فى الرفاق ، وهم محرمون ، قال : ثم مررنا حتى إذا كنا بالبادية إذا نحن بظبى حاقف[1] فى ظل فيه سهم فأمر رسول الله ﷺ رجلاً أن يقف عنده حتى يخبر الناس عنه .

وروى الإمام أحمد والبخارى ومسلم من حديث قتادة قال : « كنت يوماً جالساً مع رجال من أصحاب النبى ﷺ فى منزل فى طريق مكة ورسول الله ﷺ أمامنا والقوم محرمون وأنا غير محرم عام الحديبية فأبصروا حماراً وحشياً وأنا مشغول أخصف[2] نعلى فلم يؤذنونى ، وأحبو الو أنى أبصرته فالتفت فأبصرته فقمت إلى الفرس فأسرجته ثم ركبت ونسيت السوط والرمح فقلت : لهم ناولونى السوط والرمح فقالوا : لا والله لا نعينك عليه ، فغضبت فنزلت فأخذتهما ثم ركبت فشددت على الحمار فعقرته ثم جئت به

---

(١) حقف الشيء حقوفا اعوج فهو حاقف ، وظبى حاقف معناه انحني وتثني من جرح وغيره (المصباح ج١ص١٧٤) .

(٢) خصف الرجل نعله أصلحه وهو كرقع الثوب (المصباح ج١ص٢٠٥) .

وقد مات فوقعوا فيه يأكلونه ، ثم إنهم شكوا فى أكلهم إياه وهم حرم ، فرحنا وخبأت العضد[١] معى فادركنا رسول الله ﷺ فسألناه عن ذلك فقال : هل معكم منه شيء ؟ فقلت : نعم . فناولته العضد فأكلها وهو محرم .

وفى رواية لمسلم أنه عليه الصلاة والسلام قال لهم : هل أشار إليه إنسان أوأمره بشيء ؟ قالوا: لا . قال فكلوا .

وهذا الخبر صريح فى صحة هبة المشاع وبه قال مالك والشافعى وأحمد سواء فى ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن .

حكم تعليق الهبة على شرط :

لما كانت الهبة تمليكاً لمعين فى الحياة لم يجز تعليقها على شرط كالبيع ، فإن علقها على شرط كان وعداً بالهبة كقول النبى ﷺ لأم سلمة ، إن رجعت هديتنا إلى النجاشى فهى لك .

فإن كان هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد فلا يصح هذا الشرط كأن يقول وهبتك هذا الشيء بشرط أن لا تهبه ولا تبيعه أو بشرط أن تهبه أو تبيعه أو بشرط أن تهب فلاناً شيئاً ففى كل هذه الصور الشرط غير صحيح . لكن هل تصح الهبة مع الشروط الفاسدة فيها وجهان .

أما إذا وقت الهبة فقال : وهبتك هذا العقار سنة ثم يعود إلى فلا تصح الهبة مع التأقيت لأن الهبة عقد تمليك فلا يقبل التأقيت .

حالات التمليك :

التمليك إما أن يكون للعين أو للمنعفة : أولهما معاً وإما أن يكون

(١) العضد ما بين المرفق إلي الكتف من الذراع (المصباح ج٢ص٤٩٤) .

بعوض أو بغير عوض .

فإن كان التمليك للعين بغير عوض من غير احتياج كان هبة فإن كان عن احتياج فصدقة ، وإذا كان للمنفعة بغير عوض فعارية أو بعوض فإجارة ، وإن كان للعين بعوض فبيع .

وما لا يجوز بيعه كمجهول ومغصوب لمن لا يقدر على انتزاعه ، وضال فلا يجوز هبته بجامع أن كلا منهما تمليك فى الحياة ، ولا ينافيه قوله ﷺ : زن وأرجح . لأن الرجحان المجهول وقع تابعاً لمعلوم ، والأوجه من هذا أن نقول : إن المراد من قوله ﷺ أرجح تحقق الحق حذراً من التساهل فيه .

وقد اختلفوا فى ترك الدين المستقر الذى فى الذمة للمدين هل يعد هبة أو يعد إبراء فحسب فذهب الرملى إلى أنه لا يعد هبة فى الأصح لأنه غير مقدور على تسليمه ، فإن قلنا بصحة بيعه لغير من هو عليه قياساً على بيع الموصوف ، فإنه لا يوهب والدين مثله بل أولى .

والفرق بين صحة بيعه وعدم صحة هبته بأن بيع ما فى الذمة التزام تحصيل المبيع فى مقابلة الثمن الذى استحقه والالتزام فيه صحيح بخلاف هبته فإنه لا يتضمن الالتزام إذ لا مقابل فيها ، فكانت بالوعد أشبه فلم تصح

ويرد على مالا يجوز بيعه من المجهول ومع هذا تجوز هبته أمور :

١ - إذا خلط متاعه بمتاع غيره فوهب أحدهما نصيبه لصاحبه فيصح مع جهل قدره وصفته للضرورة .

٢ - لو قال شخص لآخر أنت فى حل مما تأخذ أو تعطى أو تأكل من مالى فله الأكل فقط لأنه إباحة وهى صحيحة بالمجهول بخلاف الأخذ والإعطاء قال العبادى : وأفتى القفال فى : أبحت لك من ثمار بستانى ما شئت بأنه

إباحة ، وظاهره أن له أخذ ما شاء ، وما قاله العبادى أحوط .

وفى الأنوار ، لو قال أبحت لك ما فى دارى أو ما فى كرْمى من العنب فله أكله دون بيعه وحمله وإطعامه لغيره ، وتقتصر الإباحة على الموجود فى الدار أو الكرْم . ولو قال : أبحت لك جميع ما فى دارى أكلاً واستعمالا ولم يعلم المبيح لم تحصل الإباحة .

ومتى قلنا لا تصح الهبة فى غير المقدور عليه أو فيما لا يمكن تسليمه كالجمل الشارد والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه فإن عدم الصحة مردها إلى أن الهبة عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح فى ذلك كالبيع .

متى يثبت الملك فى الهبة ؟

الهبة لا تملك إلا بالقبض لما روت عائشة رضى الله عنها ، « أن أباها نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله فلما حضرته الوفاة قال يا بنية . إن أحب الناس غنى بعدى لأنت وإن أعز الناس على فقراً بعدى لأنت ، وإنى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا من مالى ووددت لو أنك جذذته وحزته وإنما هو اليوم مال الوارث » [1] .

قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم بلغنا عن أبى بكر رضى الله عنه أنه نحل عائشة أم المؤمنين جذاذ عشرين وسقا من نخل له بالعالية فلما حضره الموت قال لعائشة ، إنك لم تكونى قبضتيه ، وإنما هو مال الوارث فصار بين الورثة لأنها لم تكن قبضته .

ويشترط فى صحة الهبة أن يكون القبض بإذن الواهب لأن الواهب بالخيار قبل القبض إن شاء أقبضها وأمضاها وإن شاء رجع فيها ومنعها ، فإن قبضها الموهوب له قبل إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض . ولأن

---

(١) رواه مالك فى الموطأ عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة ورواه البيهقى من طريق ابن وهب عن مالك وغيره عن ابن شهاب .. (التلخيص الحبير ج٣ ص٧٢ ، ٧٣) .

التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم إلا بإذنه .

ويتفرع على ذلك أنه لو أذن الواهب فى القبض ثم رجع من الإذن أو رجع فى الهبة صح رجوعه لأن ذلك ليس بقبض وإن رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه ، لأن الهبة قد تمت .

حكم الهبة بعد موت أحد المتعاقدين :

إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، فإن قلنا بأنه عقد يؤول إلى اللزوم لم يبطل بموت أحد المتعاقدين بل يقوم ورثته مقامه فى القبض أو الفسخ . وإن قلنا بأنه من العقود الجائزة فإنه يبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة ، وهو قول الإمام أحمد حيث قال فى رواية أبى طالب وأبى الحارث فى رجل أهدى هدية فلم تصل إليه حتى مات ، فإنها تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها .

ودليل ذلك ما روى بإسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت : « لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها : إنى قد أهديت إلى النجاشى حلة وأواقى مسك ، ولا أرى النجاشى إلا قد مات ، ولا أرى هديتى إلا مردودة على ، فإن ردت فهى لك قالت :فكان ما قال رسول الله ﷺ ، وردت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة»[1] .

والقول بانفساخ الهبة بالموت ضعيف ، ووجه ضعفه أن المدار ليس على القبول بل على الأيلولة واللزوم وهو جار فى الهدية والصدقة وأيضا يجرى الخلاف فى الجنون والإغماء ولولى المجنون قبضها قبل الإفاقة .

وفرق الحنابلة بين المكيل والموزون وغيرهما ، فقالوا لا يصح التمليك فى المكيل والموزون بغير قبض أما فى غيرهما فيصح لما روى عن على وابن

(١) رواه الحاكم (التلخيص الحبير ج٣ ص٧٣) .

مسعود رضى الله عنهما أنهما قالا : « الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض ».

وقال بعض الأصحاب : إنما يستغنى عن القبض إذا تحقق الإيجاب والقبول واستقر العقد بينهما ، ولأنه عقد تمليك فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح .

ويتفرع على هذا القول : أنه إذا حدث نماء فى الهبة قبل القبض فهو للموهوب له والمنصوص أن النماء لا يكون للموهوب له إلا بعد القبض .

حكم الرجوع فى الهبة :

الرجوع فى الهبة بعد القبض حرام إلا هبة الوالد لولده وكذا سائر الأصول على المشهور وهذا يشمل الهدية والصدقة على الراجح ، ولا يتعين الفور بل له ذلك متى شاء .

والدليل على هذا ما رواه ابن عباس وطاووس مرفوعاً أن النبى ﷺ قال : « لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده، ومثل الرجل يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يرجع فى قيئه »(١) وهذا مبالغة فى الزجر فيدل على التحريم .

ومما لا رجوع فيه مطلقاً الصدقة يراد بها ثواب الآخرة ، قال ابن حجر. اتفقوا على أنه لايجوز الرجوع فى الصدقة بعد القبض .

وإنما جاز للوالد الرجوع فى هبته لوالده لانتفاء التهمة فيه ، فإن ما طبع عليه الوالد من إيثاره لولده على نفسه يقضى بأنه إنما يرجع لحاجة أو مصلحة.

---

(١) رواه الشافعى عن مسلم بن خالد مرسلاً وقال : لو اتصل لقلت به ورواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وابن حبان والحاكم من حديث طاوس عن ابن عباس وهو عنده من رواية عمرو بن شعيب عن طاوس وقد اختلف عليه فى (التلخيص ج٣ ص٧٢) .

ولكن لا يرجع من غير عذر . فإن رجع من غير عذر كره له الرجوع وإن كان بعذر لم يكره كأن يكون الولد عاقاً أو يصرفه فى معصية .

وذهب الأوزاعى إلي عدم كراهته إن احتاج الأب لنفقة أو دين ، بل ندبه حيث كان الولد غير محتاج .

ووجوبه فى العاصى إن غلب على الظن تعينه طريقاً إلى كفه عن المعصية ويمتنع الرجوع فى صدقة واجبة كنذر وزكاة وكفارة وكذا فى لحم اضحية تطوع لأنه إنما يرجع ليستقل بالتصرف وهو ممتنع هنا .

وكذا له الرجوع لسائر الأصول وإن علوا على المشهور.

وإنما يملك الوالد الرجوع إذا كانت الهبة باقية فى ملك الابن ، فإن خرجت عن ملكه لم يكن له الرجوع فيها لأنه إبطال لغير ملك الابن . فإن عادت إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو إرث أو وصية لم يملك الرجوع أيضاً لأن ملكها لم يستفده من جهة أبيه . أما إن عادت بفسخ أو إقالة فله الرجوع على أحد الوجهين .

ويتفرع على ذلك انه إذا تداعى رجلان نسب مولود ووهب له كل منهما مالا فليس لواحد منهما أن يرجع فى هبته لأن نسبه لم يثبت لواحد منهما .

أما إذا لحق بأحدهما ففيه وجهان .

أحدهما : يجوز الرجوع فى الهبة لثبوت البنوة .

الثانى : لا يجوز لأنه لم يكن ثبت له الرجوع فى حالة العقد .

هل الهبة تقتضى العوض أو لا تقتضيه؟

الهبة إما أن تكون لمن هو دونه فى المنزلة الاجتماعية أو تكون لمثله أو

لأعلى منه رتبة . فإن كانت لمن هو دونه لم يلزم الموهوب له أن يثيبه بعوض لأن القصد من هبته الصلة والرحمة فلم تجب المكافأة فيه بعوض كالصدقة .

وإن كانت الهبة لمن هو مثله لم يلزمه ان يثيبه ايضاً لأن القصد من هبته اكتساب المحبة وتأكيد الصداقة .

وإن وهب لمن هو أعلى منه ففيه قولان :

الأول ما قاله الشافعي في المذهب القديم : يلزمه أن يثيبه عليه بعوض لأن العرف في هبة الأدنى للأعلى أن يلتمس به العوض فيصير ذلك كالمشروط .

والثاني ما قاله الشافعي في المذهب الجديد : أنه لا يجب العوض لأن الهبة تمليك بغير عوض فلا يوجب المكافأة بعوض كهبة النظير للنظير.

فإن قلنا لا يجب فشرط في الهبة ثواباً معلوماً ففيه قولان :

أحدهما : يصح هذا الشرط ويلزم العوض لأنه تلميك مال بمال فجاز كالبيع ، فعلى هذا يكون كبيع بلفظ الهبة في الربا والخيار وجميع أحكامه.

والثاني : أنه شرط باطل ، لأنه عقد لا يقتضي العوض فبطل شرط العوض كالرهن ، فعلى هذا حكمه حكم البيع الفاسد في جميع أحكامه .

فإن شرط فيه ثواباً مجهولاً ، بطل قولاً واحداً لا لأنه شرط العوض بل لأنه شرط عوضاً مجهولاً .

وإن قلنا إنه يجب العوض ففي مقدار هذا العوض ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يلزمه أن يعطيه إلى أن يرضى لما روى ابن عباس رضى الله عنهما : أن أعرابياً وهب للنبي ﷺ هبة فأثابه عليها ، وقال أرضيت ؟ قال لا .

فزاده وقال أرضيت ؟ فقال : نعم . فقال رسول الله ﷺ لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي » (١) .

والثاني : يلزمه قدر قيمته لأنه عقد يوجب العوض ، فإذا لم يكن مسمى وجب عوض المثل كالنكاح .

والثالث : يلزمه ما جرت العادة في ثواب مثله ، لأن العوض وجب بالعرف فوجب مقداره في العرف ، فإن قلنا إنه يجب العوض فلم يعطه ثبت له الرجوع ، فإن تلفت العين رجع بقيمتها لأن كل عين ثبت له الرجوع بها إذا تلفت وجب الرجوع إلى بدلها كالبيع .

ومن الأصحاب من قال : لا يثبت له الرجوع إذا تلفت العين لأن حق الواهب في العين وقد فاتت .

الثواب على الهدية :

أما الهدية فقد ثبت أن رسول الله ﷺ أنه كان يقبلها ويثيب عليها فقد روى أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها قالت : « كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها » أي يعطي المهدي بدلها. والمراد بالثواب المجازاة وأقله ما يساوي قيمة الهدية :

ووجه الدلالة أن الرسول ﷺ أعطى بدل الهدية وواظب على ذلك .

وهذا دليل على وجوب المكافأة على الهدية إذا أطلق المهدي وكانت ممن مثله يطلب الثواب كالفقير للغني بخلاف ما يهب الأعلى للأدنى .

وأيضاً : فإن مما يدل على وجوب رد الهدية أن الذي أهدى يقصد أن يأخذ أكثر مما أهدى ، فلا أقل من أن يعوض بنظير هديته ، وهذا ما قاله

---

(١) رواه أحمد وابن حبان في صحيحه من حديث ابن عباس ولأبي داود والنسائي عن أبي هريرة وكذا رواه الحاكم وصححه على شرط مسلم (التلخيص الحبير ج٣ص٧٢) .

الشافعي في القديم .

ويجاب بأن مجرد الفعل لا يدل على الوجوب ولو وقعت المواهبة كما تقرر في الأصول .

وذهب الشافعي في الجديد إلى القول بأن الهدية للثواب باطلة لأنها بيع مجهول لما رواه الترمذي من حديث أبي هريرة قال « أهدى رجل من فزارة إلى النبي ﷺ ناقة من إبله فعوضه منها بعض العوض فتسخطه ، فسمعت رسول الله ﷺ يقول على المنبر : إن رجالاً من العرب يهدي أحدهم الهدية فأعوضه عنها بقدر ما عندي فيظل يسخط علي » .

ويحكى أن بعض أهل العلم والفضل كان يمتنع من قبول الهدية من أحد أصلاً لا من صديق ولا من قريب ولا غيرهما ، وذلك لفساد النيات في هذا الزمان .

وخلاصة القول أن الهبة إذا كانت مقيدة بنفس الثواب فلا رجوع فيها ومتى وهب مطلقاً فلا ثواب إن وهب لدونه وكذا لأعلى منه في الأظهر كما لو أعاره داره إلحاقاً للأعيان بالمنافع ، ولأن العادة ليس لها قوة الشرط في المعاوضات .

والثاني : يجب الثواب إذا وهب مطلقاً لا طراد العادة بذلك ، وكذلك لا ثواب له وإن نواه إن وهب لنظيره على المذهب ، لأن القصد من مثله الصلة وتأكيد الصداقة . ومثل ذلك الهدية والصدقة . وإن اختار الأذرعي دليلاً لأن العادة متى اقتضت الثواب وجب الثواب أو وجب رد الهدية .

والأوجه كما بحثه الأذرعي أيضاً أن التردد إذا لم يظهر حالة الإهداء قرينة حالية أو لفظية دالة على طلب الثواب ، وإلا وجب هو أو الرد لا محالة .

بعض التفريعات :

١ - لو قال شخص لآخر وهبتك ببدل ، فقال : بل بلا بدل ، صدق المتهب بيمينه ، لأن الأصل عدم البدل ، ولو اهدى له شيئاً على أن يقضى له حاجة فلم يفعل لزمه رده إن بقى وإلا فبدله .

٢ - ولو وهب له بشرط أن يدفع عوضاً معلوماً بأن قال وهبتك هذا على أن تثيبنى كذا فقبل ، فالأظهر صحة العقد نظراً للمعنى إذ هو معاوضة مال معلوم بمال معلوم فصح كما لو قال : بعتك .

والثانى : بطلانه نظراً إلى اللفظ لتناقضه ، فإن لفظ الهبة يقتضى التبرع ، ومن ثم يكون بيعاً على الصحيح فيجرى فيه عقب العقد أحكامه كالخيار والشفعة وعدم توقف الملك على القبض . وقيل : يكون هبة نظرا للفظ فلا تلزم قبل القبض أو بشرط ثواب مجهول فالمذهب بطلانه لتعذر صحته بيعاً لجهالة العوض وتعذر صحته هبة لذكر الثواب على الأصح لأنها لا تقتضيه .

٣ - ولو وهب شيئاً فى ظرف ، فإن لم تجر العادة برده ، فهو هدية أو هبة تحكيماً للعرف المطرد وذلك كقوصرة تمر وهى الوعاء الذى يكنز فيه من نحو خوص ولا يسمى بذلك إلا وهو فيه ، وإلا فزنبيل ، وكعلبة حلوى .

وكتاب الرسالة يملكه المكتوب إليه إن لم تدل قرينة على عوده ، وهذا ما قاله المتولى وهو أوجه من قول غيره إنه باق على ملك الكاتب ، ويملك المكتوب له الانتفاع به على وجه الإباحة .

فإذا اعتيد رده أو اضطربت العادة فلا يكون هدية بل أمانة فى يده كالوديعة ، ويحرم استعماله لأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه إلا فى أكل

الهدية منه إن اقتضته العادة عملاً بها ، ويكون عارية حينئذ ، ويسن رد الوعاء وهذا فى المأكول .

اما غيره فيختلف رد ظرفه باختلاف عادة النواحى ، فيتجه فى كل ناحية بعرفهم وفى كل قوم عرفهم باختلاف طبقاتهم .

٤ ـ ولو ختن ولده ، وحملت له هدايا ملكها الأب ، وقضية ذلك أن ما جرت به عادة بعض أهل البلاد من وضع صينية بين يدى صاحب الفرح ليضع الناس فيها دراهم . فيرد ذلك تبعاً للعرف الجارى.

وكان من عادة اهل الأسكندرية أن يكتب الناس قائمة بأسماء الواهبين ومقدار ما دفعوه فى الصينية وهم حريصون على رد ما يأخذونه فى أفراح من أعطوهم وربما زاد بعضهم على ما أخذ .

وفى القاهرة تفشو هذه العادة إلا أن الحرص على الرد أقل من الأسكندرية .

قال الرملى ثم ما يعطيه الناس للمزين فى الأفراح والمناسبات يجرى فى ذلك التفصيل ، فإن قصد المزين وحده أو مع نظرائه المعاونين له عمل بالقصد. وإن أطلق كان ملكاً لصاحب الفرح يعطيه لمن يشاء ، لأنه مع الإطلاق ينصرف فى الغالب إليه فيكون هو المقصود وهذا هو عرف الشرع فيقدم على العرف المخالف له بخلاف مالا عرف للشرع فيه فيحكم بالعادة فيه .

العمرى والرقبى

العمرى بضم العين وسكون الميم مع القصر . قال فى الفتح : وحكى بضم الميم مع ضم أوله ، وحكى فتح أوله مع السكون ، وهى مأخوذة من العمر وهو الحياة .

سميت بذلك لأنهم كانوا فى الجاهلية يعطى الرجل الرجل الدار ويقول له أعمرتك إياها أى أبحتها لك مدة عمرك وحياتك ، فقيل لها عمرى لذلك .

والرقبى بوزنها مأخوذة من المراقبة لأن كلا منهما يرقب الأخر متى يموت لترجع إليه ، وكذا ورثته يقومون مقامه وهذا أصلها فى اللغة .

والعمرى هو أن يقول : أعمرتك هذه الدار حياتك أو جعلتها لك عمرك وفيها ثلاث أحوال.

الأول : أن يقول أعمرتك هذه الدار ويطلق ، فهذا تصريح بأنها للموهوب له .

وحكم هذه الدار حكم المؤبدة لا ترجع إلى الواهب . لأن المطلقة حكمها حكم المؤبدة وهذا أحد قولى الشافعى رضى الله عنه وهو موافق لرأى الجمهور .

والقول الثانى : أنها تكون عارية ترجع بعد الموت إلى المالك لما روى عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عن جابر مرفوعاً : لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو سبيل الميراث »[1] . وفى رواية أحمد والنسائى عن ابن عباس قال رسول الله ﷺ : « لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته ... »[2] .

الحال الثانى : أن يقول: هى لك ما عشت ، فإذا مت رجعت إلى ، فهذه عارية مؤقتة ترجع إلى المعير عند موت المعمر ، وبه قال أكثر العلماء ورجحه جماعة من الأصحاب .

والأصح عند أكثرهم لا ترجع إلا الواهب ، لأن هذا الشرط يعتبر شرطاً فاسداً فيلغو .

---

(١) رواه الشافعى ، وأبو داود والنسائى وصححه أبو الفتح القشيرى على شروطهما (التلخيص الحبير ج٣ ص٧١) .

(٢) حديث جابر : إنما العمرى التى أجاز رسول الله ﷺ أن يقول : هى لك ولعقبك من بعدك ، فأما إذا قال : هى لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها .

واحتجوا بحديث جابر ، فإن النبى ﷺ حكم على الأنصارى الذى أعطى أمه الحديقة حياتها أن لا ترجع إليه ، بل تكون لورثتها . ونصه :

أن رجلاً من الأنصار أعطى أمه حديقة من نخيل حياتها فماتت فجاء إخوته فقالوا : نحن فيه شرع سواء ، قال : فأبى ، فاختصموا إلى النبى ﷺ فقسمها بينهم ميراثاً ؛ رواه أحمد .

الحال الثالث : أن يقول : هى لك ولعقبك من بعدك ، أو يأتى بلفظ يشعر بالتأبيد ، فهذه حكمها حكم الهبة ، وروى عن مالك أنه يكون حكمها حكم الوقف إذا انقرض المعمر وعقبه رجعت إلى الواهب ، والأحاديث القاضية بأنها ملك للموهوب ولعقبة ترد عليه .

والخلاصة أنه إذا شرط فى العمرى أنها للمعمر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها ، وتكون للمعمر وورثته وهذا قول جميع القائلين بها ، إذا أطلقها فهى للمعمر وورثته أيضاً ، لأنها تمليك للرقبة ، فأشبهت الهبة ، فإن شرط أن تكون له بعد موته فقال الشافعى فى القديم يصح العقد والشرط ، ومتى مات المعمر رجعت إلى المعمر . وقال فى الجديد : بأنها تكون للمعمر.

إذا ثبت هذا فإن العمرى تصح فى العقار وغيره من الحيوانات والثياب لأنها نوع هبة فصحت فى ذلك كسائر الهبات.

ومن ثم إذا قال : سكنى هذه الدار لك عمرك أو اسكنها عمرك أو نحو ذلك ، فليس ذلك بعقد لازم لأنها فى التحقيق هبة المنافع ، والمنافع إنما تستوفى بمضى الزمان شيئاً فشيئاً ، فلا تلزم إلا فى قدر ما قبضه منها واستوفاه بالسكنى ، وللمسكن الرجوع متى شاء ، وأنه إذا مات بطلت . والله أعلم .

خاتمة

وبعد ، فلا يسعنا إلا أن نقدم الشكر لله جزيلاً والثناء جليلاً علي ما أفاض به علينا ويسره لنا فى إنجاز هذا العمل الذى نرجو أن يكون خالصاً لوجهه الكريم ، فله الحمد والمنة والفضل العظيم .

هذا ولقد بسطنا القول فى فقه المعاملات فى البيع والربا والقراض واللقطة واللقيط وإحياء الموات والجعالة والهبة ، وحاولنا قدر المستطاع بيان أهم أحكامها مقرونة بأدلتها من الكتابوالسنة والإجماع لتكون مورد عذب للشاربين ، ومن يريد أن يتفقه فى الدين ..

وفقنا الله جميعاً لما يحبه ويرضاه آمين . وآخردعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلي آله وصحبه وسلم .

الفهـــرس

الموضـــــوع الفهـــــرس الصفحة

الموضـــوع | الفهـــرس | الصفحة